
Liber Coll Omn An Fidel Defunct in Oxon

DROIT COUTUMIER FRANÇAIS

LA

CONDITION DES PERSONNES

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Le Parlement de Bourgogne et les Libertés provinciales. Dijon, Rabutôt, in-8°, br. 1858.

De la mission de Saint Bénigne et du martyre des Saints Jumeaux à Langres. Langres, Lhuillier, 1859.

Lettres inédites de Catinat. Paris, Techener, 1861.

Un Avocat Général au XVIIe siècle. Gaspard Quarré d'Aligny. Paris, 1861.

Des Distinctions honorifiques et de la particule. — 1re édition, Paris, 1861, in-8°. 2e édition, Paris, 1862, un vol. in-12.

Sainte Chantal et la direction des âmes au XVIIe siècle. Paris, 1862, br. in-8°.

Pierre Legouz, conseiller au Parlement de Bourgogne. Notice biographique. Paris, Techener, 1863.

Le pouvoir judiciaire en France. Paris, 1862.

Une visite à Citeaux. Dijon, Lamarche, 1864, in-8°, br.

La noblesse aux Etats de Bourgogne (avec la collaboration de M. J. d'Arbaumont). Dijon, Lamarche, 1 vol. gr. in-4. 1864.

Journal d'un lieutenant criminel au XVIIe siècle. Paris, 1866, une br. in-8°.

Histoire généalogique de la maison de Rabutin, manuscrit inédit du comte de Bussy, publié avec préface et notes. Dijon, Rabutôt, 1866, 1 vol. in-8°.

Etudes de droit administratif romain. La boulangerie, la mendicité et l'assistance publique à Rome ; le recrutement et l'exonération militaire à Rome. Paris, 1863.

Les réformes judiciaires dans les cahiers de 1789. Dijon, Rabutôt, 1867, 1 br. in-8°.

Voltaire au collège, sa famille, ses études, ses premiers amis ; lettres et documents inédits. Paris, Amyot, 1867. 1 vol. in-8°.

Les sorciers de Lyon, épisode judiciaire du XVIIIe siècle. Dijon, Rabutôt 1868, 1 vol. in-8°.

Un procès de presse au XVIIIe siècle. Voltaire contre Travenol. Paris, Douniol, 1869, 1 br. in-8°.

Les universités de Franche Comté (avec la collaboration de M. J. d'Arbaumont). Dijon, Marchand, 1870, 1 vol. gr. in-8°. Ouvrage couronné par l'Institut.

Le Palais de Justice et l'ancien Parlement de Dijon. Dijon, Lamarche, 1872, 1 vol. in-18.

Le Paradoxe, Dijon. Lamarche, 1872 (deux éditions) 1 br. in-8°.

Notice biographique sur M. Th. Foisset. Dijon, Lamarche, 1873 et 1875 (deux éditions). 1 vol. in-8° et 1 vol. in-18.

Les dépouilles de Charles le Téméraire à Berne, étude d'art et d'archéologie, Dijon, Jobard, gr. in-4°, 1873.

Le droit coutumier et l'unité législative en France. Lyon, Briday, 1880. 1 br. in-8°.

Introduction à l'Etude historique du Droit coutumier français jusqu'à la rédaction officielle des coutumes. Lyon, Briday ; Paris, Larose. 1880, 1 vol. in-8°.

L'Enseignement du droit romain et la Papauté. Lyon, Briday, 1880, br. in-8°.

DROIT COUTUMIER FRANÇAIS

LA

CONDITION DES PERSONNES

PAR

HENRI BEAUNE

ANCIEN PROCUREUR GÉNÉRAL A LA COUR DE LYON

LYON	PARIS
LIBRAIRIE BRIDAY	LAROSE & FORCEL
CHARRAT, SUCCESSEUR	ÉDITEURS
3, Avenue de l'Archevêché, 3	Rue Soufflot, 22

1882

AVANT-PROPOS

LA RÉDACTION DES COUTUMES

Dans l'*Introduction à l'étude historique du droit coutumier*, j'ai essayé de montrer comment les coutumes françaises prirent naissance et quels éléments concoururent à la formation de notre droit national au moyen-âge.

J'ai décrit rapidement les lentes évolutions de ce droit depuis les origines de notre patrie jusqu'au XVIe siècle, époque à laquelle des usages nombreux, mais jusqu'alors non écrits ou du moins privés de la sanction souveraine, reçurent, par leur rédaction officielle, une forme authentique et une autorité incontestable.

Je me suis arrêté à cet événement qui ne créa pas une nouvelle législation, mais qui fixa et précisa l'ancienne. Dans ce second volume, je me propose d'examiner plus intimement les institutions coutumières relatives aux personnes et de tracer, d'après les textes, le tableau de la vie civile et de la condition de nos ancêtres jusqu'en 1789. Mais avant d'entrer dans cette étude, il est nécessaire d'indiquer, en quelques mots, pourquoi et comment les coutumes ont été rédigées.

L'année 1453, qui ouvre l'ère moderne dans l'histoire générale, est aussi une des dates les plus considérables, quoique des plus oubliées, de l'histoire du droit français. Elle fut pour notre droit coutumier ce qu'a été la Révolution de 1789 pour notre droit civil moderne : le point de départ

de la rédaction et de la révision de la législation nationale.

Jusqu'à cette époque, dans la plupart de ses provinces, la France n'avait connu d'autre règle juridique que ses usages, mais quels usages ! Des usages locaux, toujours contestés, souvent incertains, quelquefois insaisissables, parce qu'à l'exception d'un petit nombre de coutumes écrites aux XIII[e] et XIV[e] siècles, mais dont le défaut d'approbation par le Souverain énervait l'autorité légale, la conservation de ces règles était abandonnée à la mémoire infidèle ou fugitive des hommes. Pour en constater l'existence, le juge était obligé de recourir à des enquêtes et d'interroger la foule, *per turbas :* il lui fallait des témoins, non seulement pour établir le fait, mais encore pour déterminer le droit qui s'y appliquait (1). Et sur les points délicats, controversés, quelle certitude, quelles lumières attendre de la *tourbe*? « Lorsque les lois ne sont plus une lanterne qui éclaire notre marche, disait le chancelier Bacon, elles sont un filet qui embarrasse nos pieds.» Ce filet inextricable enveloppa longtemps presque toute la France.

Au mois d'avril 1453, conquérant de son royaume et victorieux des Anglais, Charles VII voulut élever un monument législatif durable et épurer nos traditions juridiques de l'alliage qui s'y était introduit pendant la guerre de Cent ans. Il fit pour la fixation du texte de la loi ce que trois siècles plus tard devait faire l'Assemblée constituante pour son uniformité : il ordonna la rédaction officielle des coutumes et des *stilles*. « Déclarons et statuons, dit-il dans l'art. 125 de l'édit de cette date, que les coustumes, usaiges et stilles de tous les pays de nostre royaume soyent

(1) La preuve de l'existence de l'usage général n'était pas à la charge de la partie qui l'invoquait : le juge devait la rechercher d'office. (V. art. 2 des anciennes coutumes du duché de Bourgogne, Bouhier, *Œuvres*, t. I, p. 137.) Les enquêtes par tourbes ont été définitivement abolies par l'ordonnance de 1667, art. 13.

rédigez et mis en escript, accordez par les coutumiers, practiciens et gens de chacun estats des dits pays de nostre royaume, lesquels coustumes, usaiges et stilles ainsi accordez seront mis et escriptz en livres, lesquelz seront apportez par devers nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de nostre grand conseil ou de nostre parlement et par nous les décréter et confermer; et iceulx usaiges, coustumes et stilles, ainsi décrétez et confermez, seront observez et gardez ez pays dont ils seront et aussi en nostre court de parlement ez causes et procez d'iceulx pays... » Le décret du 16 août 1790 et la Constitution de 1791 qui prescrivirent la codification des lois nationales ont été vraiment moins féconds pour la France que l'ordonnance de Montilz-les-Tours: de ceux-là sont sortis, comme d'un germe, nos codes actuels, mais celle-ci a sauvé, éclairci et purifié nos institutions coutumières.

Charles VII, il est vrai, ne fut pas plus heureux que l'Assemblée Constituante. Comme elle, il ne vit point la réalisation de son grand dessein. Mais ce projet répondait si bien au besoin universel que, malgré tous les obstacles accumulés par les guerres, les désordres, les perturbations politiques, par la lenteur prudente des commissaires et peut-être aussi par le mauvais vouloir des hommes d'affaires, atteints dans la source la plus abondante de leurs rapines et *roberies*, la semence jetée un peu au hasard prit racine, se développa et finit par donner des fruits. Ces fruits, Louis XII fut le premier à les récolter. A la sollicitation des Etats-Généraux, son prédécesseur Charles VIII avait par deux fois, en 1493 et 1497, renouvelé l'injonction de l'édit de Montilz-lez-Tours, et les coutumes de Troyes, de Chaumont, de Melun, d'Amiens, de Sens, du Boulenois, du Ponthieu (1) avaient été

(1) La coutume du comté de Ponthieu notamment, rédigée en 1495 en exécution des lettres-patentes de Charles VIII, de 1493, n'a été officiellement publiée par les commissaires royaux que les 26 et 27 octobre 1506 et décrétée que le 24 octobre 1507

rédigées de 1494 à 1496, mais elles ne purent être immédiatement examinées ni approuvées. Ce fut seulement le 19 septembre 1500 que la coutume du Bourbonnais reçut la première, par sa publication à Moulins, la sanction royale.

On put croire un moment que cet effort avait épuisé l'ardeur de nos jurisconsultes. Quelques années s'écoulèrent pendant lesquelles le silence se fit et l'œuvre de la rédaction sembla sommeiller. Une commission formée pour l'examen des coutumes s'était dissoute : un édit du 4 mars 1505 dut la reconstituer et la composa du premier président, d'un conseiller et d'un avocat général du parlement de Paris. Dès lors, on ne s'arrêta plus. De 1503 à 1510, le travail fut presque fiévreux. Le roi se faisait même quelque illusion sur la facilité de l'entreprise, car les lettres-patentes du 21 janvier 1510 ordonnaient de la terminer dans tout le royaume en deux mois. Il en fallut bien davantage. Néanmoins tous les textes préparés sous Charles VIII et depuis l'avénement de Louis XII furent revus, discutés, et la publication s'en suivit à bref délai. Les guerres de François Ier et les émotions patriotiques qu'excita sa captivité ralentirent à peine l'élan donné. Le XVIe siècle apportait à tous les labeurs de l'intelligence une ardeur incomparable. Cette ardeur ne put s'éteindre même pendant les terribles luttes de la Réforme religieuse : elle en souffrit sans doute, mais ne se refroidit pas.

En même temps, on entreprit une œuvre parallèle, qui n'était guère moins considérable. Malgré le soin apporté par les commissaires à la révision des coutumes locales déjà publiées, les textes officiels contenaient encore bien des lacunes ou des obscurités : les procès-verbaux de la rédaction, transportés des bailliages et des sénéchaussées au siège des Etats provinciaux et au Parlement de Paris, s'étaient parfois égarés ; d'autres n'étaient point complets,

réguliers ; quelques-uns renfermaient même des inexactitudes et ne rendaient pas la véritable pensée de leurs auteurs. Enfin, les mœurs avaient changé ; des besoins nouveaux, des intérêts nouveaux s'étaient produits et exigeaient des solutions nouvelles. Sur certains points, les coutumes rédigées depuis un demi-siècle étaient en retard sur la marche de l'opinion. On conçut la pensée de leur faire subir une seconde épreuve, de les émonder, de les rendre plus claires, surtout de les approprier aux besoins récents et aux progrès des mœurs, Deux grands magistrats, Christophe de Thou et Achille de Harlay, qui présidèrent le Parlement de Paris, se vouèrent, le premier surtout, à cette tâche immense qui absorba, pour Christophe de Thou, la meilleure part de sa vie jndiciaire. C'est ainsi que la coutume de Paris fut réformée en 1580 et celle d'Orléans en 1583. Dans le duché de Bourgogne, on n'avait pas attendu le signal donné par la capitale. Dès 1560, les Etats de cette province avaient réclamé pour leur coutume une réformation, qui fut commencée quelques années plus tard et achevée en 1570, sous la direction du président de la Reynie, des conseillers Bégat et de Vintimille, commissaires royaux, du conseiller Bretagne, appelé à raison de sa science, avec le concours des élus et des députés des trois Etats du duché.

Lorsqu'Henri IV monta sur le trône, la rédaction et la réforme des coutumes étaient pour ainsi dire accomplies dans tout le royaume. Cependant, quelques localités n'obtinrent que plus tard une législation écrite. Ainsi la coutume de Chauny ne fut confirmée qu'en 1611, celles du pays messin ne le furent que sous Louis XIV et celle de Verdun en 1746 seulement.

Je viens de dire que la première coutume officiellement rédigée fut celle du Bourbonnais au commencement du XVI[e] siècle. Je ne parlais en ce moment que des coutumes sanctionnées par l'autorité royale. Mais d'autres avaient

reçu bien avant la confirmation des seigneurs. Parmi les grands feudataires de la couronne, les ducs de Bourgogne occupaient la première place, non-seulement grâce à leur puissance, mais encore grâce à la prospérité et à la civilisation qu'ils avaient communiquées à leurs Etats. Peut-être même est-ce à ces princes qu'il convient de restituer l'honneur que l'édit de Montilz-lès-Tours a fait à la mémoire de Charles VII, car cette ordonnance serait peut-être due à leurs conseils ou à leur exemple, si l'on en croit du moins les auteurs qui ont, d'ailleurs sans certitude, fixé la première rédaction de la coutume de Ponthieu en 1443, sous l'initiative du duc de Bourgogne, Philippe le Bon.

En tout cas, la volonté royale, manifestée par l'ordonnance de 1453, était à peine connue, que ce duc s'empressait de l'exécuter dans ses Etats. Il prescrivait à son tour de recueillir les usages et les coutumes de son duché de Bourgogne, et nommait une commission chargée de procéder à cette vaste enquête, dans laquelle puiseraient les rédacteurs. Toutefois, soit qu'il répugnât à son orgueil de convenir qu'il déférait à une injonction de son suzerain, soit plutôt qu'il voulût associer plus étroitement son peuple à l'entreprise, il prit soin de rappeler que « ses très chers et amés, les gens des trois Etats du duché... lui avoient remontré les grans inconvénients et involutions de procès qui survenoient journellement entre ses sujets à l'occasion de ce que les coutumes générales et locales du pays n'étoient rédigées par écrit. » La mesure édictée revêtait par là un caractère de nécessité et d'urgence plus nettement accusé. (1)

On a souvent prétendu et on se plait encore aujourd'hui à répéter qu'au moyen-âge la loi était l'unique expression de la volonté ou du caprice du maître et que le peu-

(1) La coutume du comté de Bourgogne a été aussi rédigée en 1459 dans les mêmes formes et en vertu des mêmes ordres.

ple ne participait jamais à sa confection. Il n'est pas de reproche moins justifié. La loi civile, même dans la période féodale, a le plus fréquemment jailli sinon du suffrage, au moins du consentement universel; elle est dans son origine même, comme nous le verrons tout à l'heure, d'essence démocratique, si l'on entend par là le concours du plus grand nombre à sa formation. Pour s'en convaincre, il suffit de jeter un coup d'œil sur la manière dont l'autorité pourvut à la rédaction des coutumes, et comme celles du duché et du comté de Bourgogne furent des premières à recevoir une forme écrite, on me pardonnera de les citer à titre d'exemple, les autres ayant été rédigées par le même procédé.

Une commission fut d'abord nommée pour ouvrir une enquête sur tous les usages du duché. Cette commission se composait de six membres, trois désignés par les Etats et trois par le duc. (1) Elle reçut l'ordre de faire uue première ébauche de rédaction en s'éclairant par tous les moyens en son pouvoir. Pour accomplir son mandat, elle convoqua par assignations et cris publics un grand nombre de prélats, gens d'église, chevaliers, écuyers, avocats, conseillers et praticiens de la province, qui avaient été préalablement invités à recueillir sur place, dans les lieux qu'ils habitaient, tous les documents écrits qu'ils pourraient se procurer sur les usages en vigueur, les livres coutumiers, les registres des justices et les anciens ou nouveaux « papiers de coutumes (2), » à interroger

(1) Ces commissaires étaient : Mre Ferry de Clugny, official d'Autun, représentant du clergé ; Mre Jean de Bauffremont, seigneur de Mirebeau, élu par la noblesse et Me Jean George, maître des requêtes, député des bonnes villes ou du Tiers-Etat. Ils étaient assistés de Guillaume de Sercey, remplacé plus tard par Mre Geoffroy de Choisy, de Me Pierre Brandin et de Me Pierre Baudot, licencié-ez-lois, nommés par le duc. — La coutume du Nivernais a été rédigée en 1534 dans des formes identiques. Voyez *Revue de législation*, t. 39, et *Coutumes du Nivernais*, p. 69, édit. Dupin.

(2) Il existait, à n'en pas douter, en 1459 un certain nombre

leurs souvenirs et ceux de leurs compatriotes. Lorsque cette première information locale fut achevée, les personnages convoqués se réunirent à Dijon, remirent entre les mains des commissaires le résultat de leurs recherches et furent interpellés par eux sur chacune des décisions regardées comme résultant de la coutume. On les confronta ensuite entre eux, ce qui provoqua, dit le duc dans ses lettres patentes de confirmation, de « vives contrariétés et altercations » entre « lesdits coustumiers et praticiens » sur le sens des dispositions rapportées. Procès-verbal détaillé fut dressé de ces discussions, et lorsque l'accord fut établi, les commissaires assistés d'un « grand nombre de ceux des trois Etats » qui avaient été présents à la réunion, arrêtèrent un texte dont lecture fut donnée à l'assemblée, afin qu'elle en reconnût l'exactitude, et qui fut ensuite, sur l'ordre des députés, couché par écrit.

Ici les mots les plus simples out leur importance. Remarquons la formule employée par l'ordonnance ducale de promulgation. Ce sont les commissaires délégués qui font l'enquête. Mais ce sont les gens des trois Etats, bien qu'ils soient hors session, qui « se résolvent aux dites coutumes, » c'est-à-dire qui les acceptent et les tiennent pour véritables. Ce sont eux qui donnent l'ordre de les rédiger par écrit. Pourquoi ? C'est que la coutume

de recueils manuscrits de la coutume générale de Bourgogne, comme il y en avait pour les coutumes des autres provinces. Le président Bouhier déclare en avoir consulté quatre, dont trois ont précédé la rédaction de 1459. M. Giraud a publié en outre les *Anciens stilles de Bourgoingne*, dont la date peut être placée entre les années 1270 et 1360, et qui proviennent d'un manuscrit de la Bibliothèque de Dijon. M. Marnier a également donné dans la *Revue historique de droit français*, année 1857, p. 525, un recueil intitulé *Li usages de Borgoigne*, qui a été emprunté à la copie, inachevée et faite du XIVe au XVe siècles, d'un manuscrit plus ancien. Mais, en outre, sans parler des chartes de communes, il existait plusieurs coutumes locales dont le texte nous a été conservé, par exemple, les coutumes anciennes de la ville de Beaune écrites en 1370 ; celles de Châtillon recueillies vers 1371 par Jean de Foissy, bailli de la Montagne, et rédigées par lui en une sorte de *somme rurale* à l'usage des officiers du duc.

n'est qu'une loi consentie et qu'elle n'obligera le peuple qu'à la condition d'être acceptée par ses représentants ; elle ne sera rien s'ils ne s'y soumettent volontairement en son nom. Les trois Etats ont donc déjà une part, la plus grande, dans l'exercice du pouvoir législatif. Le prince ne fait qu'approuver et donner ensuite sa sanction.

Mais l'œuvre n'est pas terminée. La rédaction ainsi arrêtée est transmise au président du conseil ducal et *des* parlements de Bourgogne séant à Dijon, qui est chargé, avec ses collègues du conseil, de réviser le travail, de s'assurer s'il est bien conforme aux procès-verbaux, aux documents annexés, de recorder, s'il en est besoin, les témoins entendus, et d'adresser un rapport au duc. Il ne pourra point modifier arbitrairement le texte ; il doit seulement en contrôler l'exactitude, en signaler les erreurs ou les vices.

Enfin, le conseil ducal a exprimé un avis favorable. Philippe-le-Bon est alors supplié par les Etats de « ratifier, autoriser et faire tenir pour lois » ce nouveau code coutumier en Bourgogne et dans celles de ses terres « où l'on n'use pas du droit escrit, » d'ordonner que les parties qui l'invoqueront n'auront pas besoin d'en établir l'authenticité, d'abolir toutes autres dispositions « qu'on voudroit dire estre coustumes » et de décider qu'en dehors de ce texte, tout sera réglé par le droit écrit, en d'autres termes que la loi romaine suppléera au silence de la loi locale. Sur cette requête, le duc déclare « gréer, louer, approuver, confermer et autoriser » cette coutume, mais en se réservant le droit de l'amender plus tard, s'il en était besoin, sur l'avis des gens de son conseil et « appelez lesditz des trois Etats, pour le bien de ses païs et sujetz. » Son ordonnance, donnée à Bruxelles le 26 août 1459, fut publiée dans tout le duché et, à partir de ce jour, la Bourgogne posséda le texte précis et fixe de sa loi civile (1).

(1) Il fut procédé de même à la réformation de cette coutume au XVI[e] siècle, avec cette circonstance particulière que les députés du

La coutume de Paris fut rédigée avec les mêmes formalités et dans un mode identique. Le 21 janvier 1510 (1511 n. s.), Louis XII donna à Blois des lettres-patentes dans lesquelles il exposa qu'il avait, conformément aux prescriptions de ses prédécesseurs, ordonné « d'accorder » en l'assemblée des trois Etats de chaque bailliage et sénéchaussée du royaume et de rédiger toutes les coutumes; que celle de Paris avait été « en assemblée compétente rapportée, accordée et écrite » et qu'il ne restait plus qu'à la publier. En conséquence, il enjoignit à ses commissaires, M[res] Thibault Baillet, président au parlement, François de Morvilliers, conseiller audit parlement, et Roger Barine, avocat général, de se transporter au siège de chaque prévôté, d'y assembler les prélats, abbés, chapitres, comtes, barons, hauts justiciers, officiers royaux, avocats, praticiens et bons bourgeois, et d'y publier le texte de la coutume ; d'y faire enregistrer les articles qui ne soulèveraient aucune contestation, et de dresser procès-verbal des « différends et discords » qui s'élèveraient sur les autres. La réunion eut lieu le 27 mars 1510 à l'évêché de Paris. Le greffier de la prévôté parisienne donna lecture des articles dont plusieurs furent discutés, mis aux voix et admis « de l'advis et opinion de la plus grande partie. » Après avoir demandé aux assistants s'ils connaissaient d'autres usages en vigueur et reçu d'eux une réponse négative, le président Baillet déposa un exemplaire du texte coutumier au Parlement, un autre au Châtelet et défendit de procéder désormais à aucune preuve par tourbe ou témoins particuliers pour établir l'authenticité de la coutume invoquée.

Tiers-Etat n'ayant pas voulu accepter une modification proposée par la noblesse au régime des successions, le commissaire royal ordonna une seconde et plus minutieuse enquête à laquelle le Tiers fut seul appelé, mais fit en grande partie défaut. La bourgeoisie ne se décida qu'après cinq ans de résistance à accepter la réforme demandée.

Les jurisconsultes purent désormais se livrer à l'aise à l'étude de ce texte rendu inaltérable ; mais, chose curieuse, les premières coutumes commentées ne furent ni celle du Bourbonnais, qui dáte du commencement du siècle, ni celle de Paris, plus jeune de dix années. Ce furent celle de Bourges, dont un avocat, devenu plus tard président du parlement de Bordeaux, Nicolas Boyer ou Boerius, donna le commentaire en 1508 ; celle d'Orléans analysée avant 1518 par Pierre d'Engleberme (Pyrrhus Englebermeus), professeur à l'université d'Orléans et maître de Dumoulin; celle de Tours, expliquée à la même époque par Jean Sainson, et enfin celle de Bourgogne, dont Chasseneuz publia le commentaire dans un volume souvent réimprimé depuis, mais dont la première édition parut à Lyon en 1517.

Je l'ai déjà dit, malgré ses imperfections inévitables, la rédaction des coutumes fut une grande œuvre, dont l'histoire n'a pas tenu assez de compte, et qui réalisa un grand progrès dans la société. Elle ne fut pas seulement un bienfait pour la pratique, ce qui n'est point douteux, elle en fut également un pour la science elle-même, en ce sens qu'elle donna une formule plus précise et mieux arrêtée aux règles juridiques. Mais si elle permit à la puissance souveraine d'affirmer solennellement des usages dont l'autorité ne résidait jusqu'alors que dans la conscience populaire et de les consacrer par une sanction positive, elle ne prétendit pas substituer cette sanction extérieure à l'assentiment public, d'où naissait la coutume, elle ne plaça point, comme le font certains théoriciens modernes, la volonté du législateur au-dessus de la sagesse et de l'expérience communes, elle n'encourut pas surtout le reproche d'immobiliser la loi, car, loin de proscrire d'avance ses réformes et ses progrès, elle les sollicita pour ainsi dire elle-même en montrant dans le passé comment s'étaient formés les usages, chaque solution nouvelle répondant à un besoin nouveau.

Envisagées à ces différents points de vue, les institutions coutumières, telles qu'elles sont sorties de la rédaction ordonnée en 1453, ont une valeur propre que ne leur enlèvent ni leur diversité, ni leurs lacunes, ni leur défaut de cohésion et d'esprit généralisateur. A ne les étudier que dans leur mode de production, elles ne le cèdent pas aux lois codifiées dont, à d'autres égards, je suis loin de méconnaître les bienfaits. Sans revenir sur la thèse non encore épuisée de la codification, qui a rencontré de vigoureux champions et d'illustres adversaires (1), il est permis de dire que la nécessité n'à pas été seule à amnistier les coutumes, mais que leurs services les ont amplement justifiées.

En prenant à l'aurore du moyen-âge la place des lois écrites, romaines ou barbares, elles ont substitué aux statuts personnels qui suivaient partout l'individu les statuts réels dont l'autorité s'étendit à tous les habitants de la même contrée, quelle que fût leur nationalité. D'individuelle qu'elle était auparavant, la loi devint territoriale; par une conséquence imprévue la diversité des coutumes amena l'unité de la France.

De plus, elles ont conservé chez nous la véritable notion du droit. Si l'on en croit une école allemande, tout droit, en ce monde, n'a été conquis qu'à l'aide du combat; la loi n'est pas une conception logique, c'est une conception pure de la force (2). Est-il besoin de repousser cette doctrine? Elle peut être applaudie en Allemagne, elle ne le sera jamais chez nous. Philosophiquement, le droit a la paix pour but, et le combat ne saurait être le moyen essentiel et permanent de la paix. Le droit ne provoque

(1) Voir notamment dans les deux sens Bentham, Thibaut, Bluntschli, Dumont, Lherminier, Rossi, Macaulay, Summer-Maine et le curieux ouvrage de Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.*

(2) Ihering, *Der Kampf um's Recht*, trad. Meydieu, 1875.

ni entretient la lutte ; il se propose au contraire de la faire cesser. Historiquement, le moyen-âge lui-même proteste, par ses coutumes, contre cette assimilation du droit à un produit artificiel de la volonté ou de la brutalité humaine ; il affirme au contraire que la législation s'élabore lentement par elle-même, qu'elle est le développement graduel et continu de la société. Comme la langue, comme les mœurs, le droit fait partie de la vie même d'une nation. Celle-ci le tisse pour ainsi dire à son usage, elle en est le sujet et l'objet, actif et passif en même temps. C'est pourquoi la coutume s'est peu préoccupée, à l'origine, de l'approbation tacite du maître ; avant même d'avoir l'idée d'un législateur ou d'un pouvoir législatif, les hommes qui l'ont adoptée pour créer un *modus vivendi* et prévenir les conflits entre eux n'ont recherché qu'une chose : l'assentiment de ceux dont elle réglait les droits, et auxquels elle imposait un sacrifice individuel dans l'intérêt commun. Comme on l'a justement remarqué, elle s'est donc constituée du consentement même des personnes intéressées à l'empêcher de naître, parce que, si celles-ci avaient résisté, elle n'aurait pu s'établir ; elle est sortie de l'accord ou du compromis d'intérêts opposés qui ont cédé à la voix du bon sens et de la justice ; elle n'a par conséquent rien d'abstrait ou d'arbitraire ; son origine même, purement consensuelle, est la preuve de sa sagesse ; elle est vraiment l'expression la plus haute et la moins contestable de l'équité, de la clairvoyance et de la prudence d'un peuple.

Aussi, de toutes les lois positives que les sociétés se sont données, la plus respectée, la mieux obéie, c'est et ce sera toujours la coutume. Une doctrine ne devient active qu'en devenant aveugle. Pour entrer dans la pratique, pour dompter les résistances ou les rébellions populaires, il faut qu'elle se dépose dans l'esprit à l'état de croyance faite, d'habitude prise, de tradition domestique.

La raison s'indignerait à tort de ce que le préjugé conduit les choses humaines, parce qu'elle n'a, hélas! de véritable empire sur la majorité des hommes que lorsqu'elle est elle même devenue un préjugé. On n'obéit jamais mieux que lorsqu'on obéit instinctivement. La soumission n'est, dit-on, parfaite que lorsqu'elle exclut la réflexion. Ce n'est pas qu'elle ne soit préférable quand elle émane d'une libre intelligence, mais même alors elle ne saurait être plus complète. Bentham prétend que les règles écrites sont les seules qui méritent le nom de lois. Suffit-il donc de pouvoir, selon l'expression de Thomas Payne, « les mettre dans sa poche, » de constater qu'elles sont gravées ou écrites, pour y déférer? Ne faut-il pas encore qu'elles soient acceptées, et les connaît-on jamais mieux que lorsqu'elles sont universellement reconnues? Au moyen-âge, le rustre s'inclinait devant la loi, parce qu'elle était l'usage, et le jurisconsulte devant l'usage, parce qu'il était la loi. Au fond, ils ne se trompaient ni l'un ni l'autre. Dans le conflit sans cesse renouvelé de droits et d'intérêts semblables, c'était la grande voix des siècles qui parlait par la bouche même de ceux dont l'accord avait mis un terme aux mêmes luttes, c'était l'expérience accumulée des ancêtres qui, de l'aveu de tous, venait rétablir la concorde entre les enfants.

Enfin, et c'est là un point par lequel elle l'emporte sur les législations codifiées, la coutume était facilement perfectible; à toutes les époques elle a continué sur elle-même un travail latent, mais progressif; elle s'est toujours tenue en haleine et en harmonie avec les mœurs de la nation, qui sont presque constamment en avance sur ses lois; elle s'est prêtée sans effort à la satisfaction des besoins nouveaux de la société, et par cela même qu'elle se bornait à poursuivre un but concret et d'utilité pratique, qu'elle a suivi et non précédé les décisions d'espèce,

l'abstraction, la pure théorie n'en a jamais paralysé ou corrompu la fécondité.

Si elle a respecté la notion pure du droit dans ses principes immuables et supérieurs, elle n'a point immobilisé la loi civile, qui doit être en quelque sorte malléable et ductile, car l'homme réagit immédiatement et sans relâche sur elle, soit en développant de nouveaux rapports de personnes, d'obligations, de propriété, soit en combinant d'une manière imprévue les rapports déjà connus. Or le plus ou moins de bonheur des individus engagés dans la vie sociale dépend de la promptitude avec laquelle cette loi se rapproche de l'opinion. En un mot, loin, comme on le lui a reproché, de donner le pas au passé sur le présent, à la jurisprudence sur la science, à la routine sur la raison, la coutume s'est largement ouverte à toutes les initiatives utiles, elle a permis toutes les améliorations; elle n'a mutilé ni le droit ni la liberté. Ce sera son éternel honneur dans l'histoire et je m'estimerai heureux si les pages qui suivent parviennent à le démontrer.

LIVRE I

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

—

TITRE I

RÉGNICOLES ET ÉTRANGERS

—

CHAPITRE I

DISTINCTION ENTRE LES RÉGNICOLES ET LES ÉTRANGERS AU POINT DE VUE DU DROIT CIVIL

D'après les Institutes de Justinien, on appelle droit civil, *lato sensu*, le droit que chaque peuple s'est donné lorsqu'il s'est constitué en société, qui est commun à tous les membres de la cité et dont ceux-ci jouissent exclusivement. A Rome, jusqu'à la célèbre constitution de Caracalla, les citoyens romains seuls participaient au bénéfice de ce droit, dont la jouissance était refusée aux étrangers placés sous le régime du droit des gens. A Rome comme à Athènes, la résidence ne suffisait pas pour conférer la qualité de citoyen ; c'était le sang, la souche qui constituait la nationalité ; il fallait une pureté complète d'origine ; selon l'observation de Cujas, qui résume sur ce point les idées romaines, *semper notatur origo paterna, non origo propria et natale solum*. La loi n'était donc pas à proprement parler territoriale, puisqu'elle ne profi-

tait pas à tous les habitants du territoire sans distinction d'origine. Elle l'était seulement en ce sens qu'elle obligeait tous ceux qui faisaient partie de la cité et qui avaient acquis le droit de s'y incorporer. Les étrangers eux-mêmes y étaient soumis en matière de délits et de quasi-délits : *habet interdum imperium et adversus extraneos homines*, dit la loi 3 au Dig. *de off. præsid.*, *si quid manu commiserint*.

Lorsque la Gaule tomba entre les mains des Visigoths, des Bourguignons et des Francs, ceux-ci apportèrent avec eux leurs coutumes nationales, auxquelles ils n'entendaient pas renoncer, mais cette législation leur resta personnelle et la condition juridique des habitants du pays n'en fut pas changée. Un peuple barbare qui a soumis un peuple civilisé ne songe jamais à lui imposer sa législation. La loi romaine demeura ainsi la loi des Gallo-Romains, soit au Nord de la Gaule, dans le royaume de Clovis, soit à l'Est, dans la monarchie burgonde, soit même au Midi, chez les Visigoths, soit en Italie, chez les Lombards. *Inter Romanos negotia causarum romanis legibus præcipimus terminari*, dit une constitution de Clotaire I[er] en 560. Et le Bréviaire d'Alaric déclare dans sa préface : *providere ergo convenit, ut in foro nulla alia lex neque juris formula proferri vel recepi præsumatur*. Charles le Chauve jura expressément en 858 de conserver à chacun sa loi personnelle : *unicuique competentem legem et justitiam conservabo* (1).

Chacun était régi par la loi de la nation à laquelle il appartenait par sa naissance, pourvu que cette loi eût été reconnue, en quelque sorte naturalisée dans le pays, car on ne se faisait pas à soi-même sa propre loi. Par suite, les enfants légitimes suivaient la loi de leur père. Il en résultait que les enfants naturels, au moins les adultérins,

(1) Baluze, p. 100, *sacramenta apud Carisiacum*.

incapables de désigner leur père, pouvaient adopter la législation qui leur convenait le mieux : *justum est, ut homo de adulterio natus vivat qualem legem voluerit,* disent les *Quæstiones et monita* (1). L'affranchi acquérait la nationalité du patron qui lui conférait la liberté, cette seconde vie, sauf chez les Burgondes où il retombait sous la loi qui le régissait avant sa servitude. Le respect de ce principe était poussé si loin que, pour déterminer la nationalité du nouvel homme libre, on consultait moins celle de l'auteur de l'affranchissement, que celle du personnage par le ministère duquel la formule de liberté était prononcée. La *manumissio* avait-elle lieu par l'entremise de l'Eglise ? L'affranchi recevait la condition romaine qui était celle des clercs. Au contraire, il devenait franc, si la cérémonie était accomplie par le roi (2). D'ailleurs, certains changements d'état pouvaient entraîner un changement de nationalité. La fille qui se mariait suivait la loi de son mari et la veuve reprenait celle de son origine, si l'on en croit au moins un édit lombard, difficile à concilier avec la règle germanique qui maintenait la veuve sous le *mundium* des parents de son époux (3).

Mais pour avoir part aux droits civils, une double condition était nécessaire, quelle que fût d'ailleurs la législation invoquée. Cette double condition était la liberté et l'indigénat. Ni l'étranger, ni le serf ne participaient au bénéfice de la loi civile ; l'un parce que, comme le dit Montesquieu, il n'avait droit à aucune justice et était en quelque sorte mis hors la loi; l'autre, parce qu'il était la chose de son maître et ne possédait aucune personnalité. Pour

(1) Canciani, t. VI, p. 224.

(2) *Lex Ripuaria*, tit. LVII, c. 1 ; LVIII, c. 1 ; LXII, c. 2 ; *Capit.* 3, ann. 805, c. 24; *Capit.* 3, ann 813, c. 12 ; *Lex Rotharis*, 229 ; *Papiani responsa*, tit. 3.

(3) Ed. *Clotarii*, c. 14, ap. Walter, *Corp. jur. germ.* t. III, 639.

que l'étranger ou l'homme de condition servile pût jouir des droits civils, il devait se placer sous le patronage d'un indigène libre, ayant pleine capacité et dont l'intervention rendait alors possible l'exercice de ces droits. C'était le patron lui-même, non le patroné qui les exerçait (1).

On conserva donc, dans la première période du moyen-âge, la distinction établie par les jurisconsultes romains entre le droit civil et le droit des gens; disons mieux : on creusa plus profondément l'abîme qui existait déjà entre eux. Tant que le principe de la personnalité des lois fut respecté dans le royaume franc, la séparation fut peu apparente, parce que chaque peuple, chaque individu put découvrir et invoquer sa loi civile. Mais lorsque la race conquérante et la race conquise s'étant fondues, la féodalité ne laissa plus en présence que des maîtres et des serviteurs, on se souvint de la distinction romaine, et le droit des gens qui ne pouvaient en invoquer d'autre consista simplement à n'en avoir aucun. L'homme libre venu du dehors fut ce qu'il était à Rome, un *hostis*, comme le serf demeuré à l'intérieur ne fut pas plus estimé qu'une tête de bétail; ni l'un ni l'autre ne put aspirer à la condition civile de l'ingénu né sur la terre de France. De là, la profonde différence qui s'établit, au point de vue de la jouissance des droits civils, entre le régnicole et l'étranger, entre l'incolat d'origine et l'extranéité.

Selon la définition de Bacquet, les « vrais et naturels » français étaient ceux qui étaient nés dans l'étendue de la domination française. Par suite, les enfants nés dans les colonies de la France ou même dans les pays étrangers, comme en Turquie et en Afrique, où notre nation avait établi des comptoirs commerciaux, étaient français. Le fait seul de la naissance sur une terre soumise au pouvoir de

(1) *Lex Salic. emend.* tit. LVII, c. 5; *Lex Rotharis*, c. 390.

la France suffisait pour conférer la qualité d'*indigène*. On devenait français *jure soli*. Ce titre se transmettait par la terre. Il importait peu qne l'enfant naquit de parents français ou étrangers et que ces derniers fussent domiciliés dans le royaume et y séjournassent seulement en passant. Quelle que fût l'origine des ascendants, quelle que fût leur demeure, l'enfant né sur le sol de la France acquérait par cela seul le titre et les droits de français (1).

Ce principe, contraire aux lois grecques et romaines, qui réglaient la nationalité par la filiation, surgit antérieurement à la féodalité, se développa avec elle et fut exclusivement appliqué jusqu'au XVIIIe siècle. Le code civil a donc sur ce point dérogé à notre ancien droit, puisque l'art. 9 autorise l'étranger né en France à réclamer la qualité de français dans l'année qui suit sa majorité, à la condition de déclarer son intention de fixer son domicile en France et de l'y établir effectivement dans l'année de la déclaration, s'il réside en pays étranger. Le hasard de l'origine, non suivi d'un établissement sur le territoire français, n'est pas une preuve suffisante que l'étranger a adopté pour patrie son pays natal.

Cependant, au XVIIIe siècle, on commença, par faveur, à accorder la qualité de français aux enfants nés à l'étranger d'un père français qui n'avait pas fixé son domicile dans ce pays et n'avait pas perdu l'esprit de retour dans la mère-patrie, ou aux enfants illégitimes nés d'une mère française dans les mêmes conditions, pourvu qu'ils vinssent s'établir en France. C'était la règle du droit romain : *cum legitimæ nuptiæ sunt, patrem liberi sequuntur; vulgo quæsitus matrem sequitur*. On admit également à la nationalité française les enfants nés en pleine mer de parents français, les habitants des pays réunis à la Couronne, qu'ils y fussent nés avant ou après

(1) Pothier, *Traité des personnes*, tit. II, sect. 1.

la réunion, et les français nés ou domiciliés dans une province démembrée du territoire national, qui venaient se fixer en France après le démembrement. Mais, dans tous ces cas, le principe indiqué plus haut restait intact : c'était le sol ou le pavillon français qui conférait la qualité de régnicole.

On appelait étranger l'individu né de parents étrangers, hors des pays placés sous la domination française, soit qu'il résidât continuellement en France, soit qu'il y séjournât quelque temps, soit qu'il se bornât] à traverser le territoire.

Par pays étrangers, on entendait tous ceux qui ne reconnaissaient pas le roi de France comme suzerain féodal. La province distraite de la France et appartenant à un prince étranger, mais pour laquelle celui-ci rendait hommage au roi, ne cessait pas d'être considérée comme française. Ainsi, les habitants de la Guyenne, quoique sujets du roi d'Angleterre au moyen-âge, étaient réputés français, et ceux du duché de Bar l'étaient également, bien qu'ils fussent soumis au duc de Lorraine. En revanche, la qualité de français n'était pas attribuée aux personnes possédant l'incolat dans des contrées sur lesquelles nos rois avaient élevé des droits contestés ou légitimes, mais qui méconnaissaient leur autorité. Les Napolitains, les Gênois, les Flamands n'étaient point français. Toutefois, il était d'usage d'accorder aux sujets de ces pays qui venaient s'établir en France des lettres spéciales qui les exemptaient du droit d'aubaine, en considération des prétentions de la Couronne sur leur patrie d'origine. Une ordonnance de Louis XI reconnut en 1482 que ce droit n'était pas applicable aux Francs-Comtois, bien que le comté de Bourgogne fût terre d'Empire et ne fût point sous la suzeraineté du roi de France. Par cette habile concession, qui favorisait d'ailleurs les relations entre ses Etats et le Comté, le politique monarque se réser-

vait un moyen de faire plus tard valoir les prétentions de sa Couronne sur cette riche portion de la succession de Charles-le-Téméraire.

Le droit coutumier donnait en général à l'étranger le nom d'*aubain*. Toutefois, il distinguait les *aubains*, c'est-à-dire les étrangers nés dans les Etats voisins et dont on pouvait connaître l'origine, des *épaves* (1), en d'autres termes, de ceux qui étaient nés dans des pays lointains et dont on ignorait le véritable berceau. Cette distinction avait peu d'intérêt, car les uns et les autres avaient presque la même condition. Fidèle à son esprit de localisation, le droit coutumier primitif donnait aussi le nom d'*aubains* aux français d'origine qui quittaient le fief, la châtellenie, le bourg, le diocèse où ils étaient nés pour transporter ailleurs leur établissement; et pour les distinguer alors des étrangers proprement dits, qui, nés hors des frontières, venaient se fixer dans le royaume, il attribuait à ces derniers le nom de *mécrus* ou *méconnus*, indiquant par là qu'ils ne pouvaient être crus sur leur origine. Aux premiers s'appliquait le droit d'*aubainage* ou d'*aubenage*; aux seconds le droit d'*aubaine*. La qualification de *mécrus* ne fut point longtemps usitée et finit bientôt par céder la place au terme général d'aubain, employé à l'égard de tous les étrangers.

Il est difficile de déterminer l'étymologie de ce mot qui apparait sous la forme latine, *albani*, dans l'acte d'une concession faite en 820 par Louis-le-Débonnaire à l'évêque Ynchaldus et à ses successeurs. D'après Laurière et du Cange, dont l'opinion est adoptée par M. M. Rossi et Demangeat, il viendrait du nom d'*albani*, donné aux Écossais, connus au moyen-âge par leurs habitudes nomades,

(1) Le mot *épave* (*epavescere*) signifiait en général une chose mobilière dont le propriétaire était inconnu, comme une bête errante, une bourse perdue. (Coquille, *Inst*. § 12, *de rer. div.*; Taisand, sur l'art. 1 de la *Coutume de Bourgogne*.

et aurait ensuite passé par extension à tous les autres étrangers. D'après Wachter au contraire, il serait la corruption des mots *Alambanni*, *Alamanni*, nés ailleurs (1).

On n'est pas mieux fixé sur l'origine du droit d'aubaine. A défaut de tout texte précis, Bacquet se contente de dire qu'il provient de la coutume : *a majoribus nostris accepimus*. Cela est vrai, sans doute, mais d'où est venue la coutume elle-même ? Elle n'a pas été transmise par les Romains, puisque ceux-ci accordaient à l'étranger le droit de tester selon son statut personnel (2). Elle n'est pas née seulement avec la féodalité, car longtemps avant l'établissement de ce régime, l'étranger était regardé par nos ancêtres comme indigne de la protection de la loi civile, comme incapable d'en posséder les avantages et d'en invoquer le bénéfice. Elle remonte plus haut : il faut en chercher la source dans les institutions germaniques. On sait que la tribu germaine était fondée sur le principe de la solidarité de ses membres : en cas de délit ou de préjudice causé, la communauté tout entière répondait des compositions dues par chacun des individus qui en faisaient partie. De cette solidarité découlait nécessairement pour la tribu le droit de n'admettre dans son sein que les personnes assez riches pour l'indemniser de cette responsabilité. Ce n'est pas seulement Tacite qui nous révèle à cet égard les mœurs de la Germanie ; ce sont toutes les lois des peuples issus de cette race ; c'est Salvien, ce sont, après lui, les historiens des VIIIe, IXe et Xe siècles. La loi salique, tit. *de migrantibus*, 32, déclare qu'après douze mois, d'autres textes disent douze jours, de résidence dans un lieu habité, il n'est plus permis de maltraiter un étranger qui a acquis par ce laps de temps le droit de faire partie de la communauté (3).

(1) *Gloss. teuton.* v° *Albanagium*.
(2) *Ulpiani fragmenta*, tit. 20, § 14.
(3) *Lex Salic.* tit. XLVIII, § 11.

Les lois d'Edouard, ch. 20, promettaient une sécurité complète à l'homme qui avait acquis ce droit : c'était la refuser anx autres. L'étranger non admis dans une communauté était considéré comme un fugitif, un vagabond, *warganeus;* par mesure de salut public, il était traité comme un voleur, si personne ne répondait de lui et ne se portait sa caution en cas de méfait. On pouvait impunément l'outrager et presque lui arracher la vie, s'il ne recevait l'hospitalité chez un habitant du *pagus*, ainsi constitué son protecteur et son garant (1). Pour favoriser cette protection et pour en rendre moins illusoire l'exercice au profit de l'étranger, les mœurs et la législation s'accordaient à frapper de réprobation l'homme libre qui refusait l'hospitalité à un *extraneus*. Les Capitulaires de Charlemagne, de 801 et 803, punissaient d'une amende de trois sous d'or celui qui le repoussait de son toit. L'opinion était peut-être même plus sévère à son égard, car elle considérait la pratique de l'hospitalité comme le devoir le plus impérieux, sinon la vertu la plus méritoire du Franc, maître de ses actes, de sa demeure et de sa famille. Après douze mois de séjour chez son hôte, l'étranger demeuré libre devenait de droit un protégé, un garanti : on ne pouvait l'expulser sans un juste motif, sans qu'il eût commis une faute ou un délit (2).

En revanche, jusqu'à son admission dans la communauté ou, plus tard, jusqu'à ce qu'il se fût recommandé à un seigneur, il ne jouissait pas des droits réservés aux hommes libres, bien que la servitude n'ait pas été, au moins sous la monarchie franque, sa condition nécessaire, comme l'ont pensé Montesquieu et M. Demangeat (3). Il

(1) *Ad majorem securitatem fovendam ordinavit insuper et præcepit quod nullus extraneus in forinsecum capitis villæ aut in suburbio hospitetur, nisi hospes ejus pro eo voluerit respondere*, dit la *Fleta*, lib. 24, § 4.

(2) *Capit.* 5• de 806.

(3) V. *Lex Gondob. addit. secund.* § 5.

ne pouvait porter les armes; le meurtre commis sur sa personne n'était punissable que du *fredum* ou de l'amende due au roi pour réparation de l'atteinte portée à la paix publique, sans *wergeld* (1). Il lui était interdit de détenir une propriété (2) et en conséquence de disposer par donation ou par testament (3), *Si filios non habuerint legitimos*, dit la loi lombarde, lib. III, tit. XV, *non sit illis potestas absque jussione regis res suas cuicumque thingare, aut per quotlibet ingenium aut per quemlibet titulum alienare*. Mais ses descendants légitimes lui succédaient comme s'il était né dans le pays. *Si filios legitimos habuerint, heredes eorum in omnibus, sicut et filii Longobardorum, existant*. Une seule condition était mise à ce droit d'hérédité, c'est que les enfants demeurassent sur le territoire où ils héritaient. Telle est l'origine probable du droit d'aubaine exercé au moyen-âge d'abord par les seigneurs, puis par le roi.

Une conséquence de ce régime, c'est que le nombre des étrangers fixés sur le territoire français, à ce titre, devait être fort restreint sous les Mérovingiens et les Carlovingiens. En effet, chacun devant faire partie d'un compagnonnage ou plus tard reconnaître un seigneur, il n'existait plus en réalité, pour former la classe des aubains, que les étrangers qui traversaient la France sans volonté de s'y établir, et les expulsés ou réfugiés d'autres contrées qui venaient chercher un asile sur notre territoire, comme les Espagnols que Charlemagne prit sous sa protection et auxquels il concéda l'usage partiel de leurs

(1) *Capit.* 3e de 813, ch. VIII; cependant la loi des Bavarois, révisée par Dagobert, tit. *de peregr. transeunt. viam.* § 5, semble admettre l'existence d'un *wergeld*.

(2) *Lex Salic. emend.* tit. *de alode*; *Cap. Car. magn.*, *præceptum pro Hispanis*, Baluze, I, p. 499.

(3) Cela n'avait rien d'étonnant chez les Germains, où le testament était inconnu et où la donation à cause de mort, devant avoir lieu dans l'assemblée de la tribu, ne pouvait être pratiquée par l'étranger qui était exclu de cette assemblée.

coutumes, ou les exilés de Normandieque l'édit de Pistes exempta de tout cens.

Pour déterminer la condition des étrangers en France à partir de l'établissement du régime féodal, on distinguait, comme il a été dit plus haut, l'étranger né en pays étranger ou *mécru*, de l'individu né dans une seigneurie ou diocèse autre que celui où il venait se fixer ou *forain*. Au fond, le principe était le même : l'*aubain* était l'étranger au domaine du souverain, roi ou seigneur.

I. *Etranger né en pays étranger.* — Qu'il fût *aubain* seulement ou *épave*, l'homme d'origine étrangère qui venait s'établir en France pouvait faire, en général, les actes du droit des gens ; il lui était permis d'acheter, de vendre, de louer, d'échanger, de donner des gages, d'hypothéquer; mais en dehors de ces actes il tombait sous le pouvoir du *bers* ou du seigneur sur la terre duquel il se fixait ; il était à sa discrétion et le plus souvent réduit à l'état de serf ou de mainmortable, à moins qu'il ne fût d'origine noble, cas auquel le droit d'aubaine ne s'appliquait plus (1). Quelques coutumes le soumettaient même à la servitude personnelle : « Si aucun aubain, autrement appelé *avenu*, dit la coutume de Châteauneuf, et demeurant par an et jour dedans ladite chastellenie sans faire adveu de bourgeoisie, il est acquis serf audit seigneur. » Sans doute, le baron pouvait, en concédant à l'étranger une censive ou même un fief, le soustraire à cette condition servile, et c'est ce qui explique certaines chartes dans lesquelles les aubains sont classés entre les hommes libres, les hommes de poeste et les serfs (2). Mais, à défaut de cette concession spéciale, il devenait le sujet du baron, ici son mainmortable, là son homme de poursuite.

(1) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, ch XLV ; *Cout.* de Vitry, art. 72.

(2) V. Du Cange, *Gloss.* v° *albani*.

Par suite, il ne peut transmettre sa succession ; à son décès, ses biens sont recueillis par le seigneur. C'est à proprement parler ce qu'on appelle le *droit d'aubaine.* Il est tenu de payer au seigneur une capitation personnelle et annuelle nommée *chevage*, ou *census foraticus* au IXe siècle, et qui était sans doute arbitraire à l'origine. Il ne peut ni disposer par donation entre vifs ou testamentaire, ni recevoir à titre de legs. Il est soumis, dans le cas où il vient à plaider même comme demandeur, à fournir *plege* ou une caution que l'on a mal à propos assimilée à la caution *judicatum solvi* du droit romain (1). Il ne peut participer au bénéfice de la cession de biens ; il est de plein droit contraignable par corps pour ses dettes. Prohibition lui est faite d'épouser une autre fille qu'une aubaine sans l'aveu de son seigneur, et cet aveu ne lui est accordé que moyennant le paiement d'un droitparticulier, appelé *formariage*, dont le taux est de la moitié ou du tiers de ses biens. S'il se marie sans ce consentement, il est passible d'une amende de 60 sols. Une charte de Philippe-Auguste, contenant un traité passé entre ce prince et l'évêque de Paris en 1222, disait : *De albanatis forinsecis concedimus quod solvant episcopo in sua septimana consuetudines debitas, ac si nunquam fuïssent albanati,* comme s'ils n'avaient jamais été mis au nombre des aubains du roi. Tel est le droit qui s'applique jusqu'à la fin du XIVe siècle.

Cependant ce droit si rigoureux commence déjà à s'atténuer et à s'adoucir. Tandis qu'en certains pays l'aubain ne peut en aucun cas transmettre sa succession à ses enfants, dans quelques autres cette incapacité fléchit et reçoit des tempéraments. Les *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. 96, nous en fournissent un premier exemple : « Se gentilhoms a hons mesconneu en sa terre, se il

(1) Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, ch. XLIII, § 32.

servoit le gentilhoms et il morust, le gentilhoms auroit la moitié de ses meubles, et se il muert sans hoirs et sans lignage, toutes les choses seront au gentilhoms. Mes il rendra sa dette et fera l'aumosne. Et se li mesconneu avoit conquises aucunes choses sous autre vavassors que celui à qui il seroit hons, li autres sires n'i auroit riens par droit ; mès il ne prendroit pas le cens ne les coustumes du saingneur, ains conviendroit que li sires lui en baillast hons coustumiers qui le servist. »

Un autre changement s'opère à peu près à la même époque. Le droit du seigneur sur l'étranger établi dans sa terre n'est pas un droit incommutable ou imprescriptible. Il doit être exercé sous peine de déchéance. « Quant aucuns albins, dit l'ancienne coutume de Champagne, art. 53, vient demeurer dans la justice d'aucuns seigneurs, et li sires dessous qui il vient ne prend le service dedans l'an et le jour, si les gens du roy le savent, ils en prennent le service et est acquis au roy. » La coutume du Beauvoisis, ch. XLV, et celle de Vitry, art. 72, renferment une disposition semblable. Le roi apparaît donc pour recueillir les droits négligés par le seigneur. La condition de l'aubain ne semble peut-être pas beaucoup meilleure, parce qu'il n'échappera à un maître que pour retomber sous le joug d'un autre ; néanmoins, à examiner le fond des choses, il n'aura rien perdu au change ; loin de là, il y aura gagné.

La royauté commençait en effet la campagne qu'elle poursuivit longtemps en faveur de la liberté individuelle ; elle affranchissait alors les serfs de ses domaines, et offrait en conséquence à l'aubain une franchise que lui déniait le seigneur dont il serait demeuré le mainmortable, si celui-ci avait exercé ses droits à l'égard de l'étranger. De plus, elle le prenait sous son avouerie ou sa protection et lui reconnaissait la faculté de se soustraire au pouvoir seigneurial, tant qu'il n'était pas devenu serf, en

s'avouant l'homme du roi. Ce progrès ne se réalisa pas en un jour : l'ordonnance de Philippe-le-Bel de 1301, art. 1, prouve qu'à cette date les seigneurs étaient généralement encore en possession du droit de recueillir la succession des étrangers décédés dans leurs terres, puisqu'elle prescrit l'ouverture d'une enquête, à la mort de l'aubain, pour s'assurer si, d'après les usages locaux, la succession doit être dévolue au roi ou au baron du lieu du décès. Moins d'un siècle plus tard, en Champagne au moins, le droit exclusif du monarque ne paraît plus contesté (1).

Mais c'est seulement au XV° siècle que le droit d'aubaine devient franchement régalien, et Loyseau en donna plus tard la théorie en disant que « la loi particulière du royaume... qui prive l'étranger d'être héritier et de laisser héritiers en France... regarde la police générale de l'Etat et partant appartient au roi seul, comme faite pour l'augmentation du royaume. »

Y eut-il à cet égard une disposition législative spéciale qui enleva ce droit aux seigneurs ? Non. On connaîtrait mal le moyen-âge si l'on supposait que la royauté pût s'emparer d'un trait de plume d'une prérogative fiscale, très utile et par suite très chère aux barons. En 1311, Philippe-le-Bel se borna à déclarer que le droit d'aubaine ne serait plus désormais compris dans les concessions générales de priviléges faites aux possesseurs de fiefs (2). Ce fut pied à pied que la Couronne conquit ce précieux fleuron. Bien qu'un grand nombre de coutumes, rédigées ou révisées au XVI° siècle, l'attribuassent encore expressément aux seigneurs, comme celles de la Marche, art. 328, de Touraine, art. 43 à 45, d'Anjou, art. 11 et 41, du Maine, art. 48, du Bourbonnais,

(1) Lettres-patentes de Charles VI, du 5 septembre 1386.

(2) *In generali concessione vel donatione a principe facta, non intelliguntur comprehensa jura peregrinalia, quæ vulgo oppellantur foragia.*

ch. 2, art. 198, du Hainaut, ch. 83, 86 et 106, de Montargis, art. 46, de Senlis, art. 205, de Sens, art. 10, d'Auxerre, art. 13, elles n'avaient plus force exécutoire sur ce point dès le siècle précédent, et Loyseau pouvait dire au temps de Henri IV : « C'est une maxime que les coutumes des lieux ne peuvent ôter les droits du roi, auquel elles ne peuvent préjudicier, n'obligeant pas même le peuple *in vim statuti, sed tantum in vim pacti*, à cause du consentement volontaire qu'il prête. » Désormais l'étranger n'eut plus à compter avec le seigneur dont il habitait la terre, mais avec le fisc royal, non moins exigeant sans doute, mais moins arbitraire et moins tyrannique.

A partir de ce moment aussi, l'aubain ne jouit pas de tous les droits du régnicole, mais il ne fut plus passible des droits pécuniaires qui étaient les accessoires de la mainmorte. Le *chevage*, qui se percevait dès le XIII[e] siècle au profit du roi dans certaines localités, comme à Saumur où il s'élevait à 4 deniers (1), s'évanouit avec la servitude elle-même, et, si on le retrouve encore compris parmi les redevances dues au trésor royal dans une pièce extraite en 1566 du chartrier de la chambre des Comptes de Paris, c'est une exception restreinte à quelques lieux, comme le Vermandois. Le droit de formariage a lui-même disparu presque complètement (2). Sauf certaines taxes accidentellement levées, les étrangers ne supportèrent plus que le droit d'aubaine proprement dit et certaines incapacités qui vont être énumérées.

Le droit d'aubaine reposait sur ce principe que l'étranger ne pouvait faire les actes du droit civil, à la différence de ceux du droit des gens. Or, la capacité de succéder ou de

(1) V. Du Cange, V° *Albani*.

(2) V. Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*; Lefèvre de la Planche, *Traité du domaine*. « Bastards et aubains se peuvent marier sans encourir les peines de formariage, » dit l'art. 16 de la coutume de Châlons-sur-Marne, rédigée au XVI[e] siècle.

transmettre par succession ou par testament étant réglée par le droit civil, l'aubain, bien que capable de recevoir par donation entre vifs, ne pouvait à aucun titre succéder (1). L'étranger était incapable de disposer des biens qu'il possédait en France, soit par testament, soit par tout autre acte à cause de mort, en faveur de régnicoles ou d'étrangers. Cependant, par faveur, on lui permit, comme aux serfs, de faire des legs de 5 sols au plus, « pour le remède de son âme, » c'est-à-dire des legs pieux qui lui procurassent l'honneur d'être inhumé en terre sainte. De plus, quand il laissait des descendants légitimes régnicoles, nés en France ou naturalisés, ceux-ci recueillaient toute la succession, sauf la moitié des meubles. C'est en ce sens que Lebrun disait : « Les enfants régnicoles valent à l'aubain lettres de naturalité. » Ils communiquaient même ce bénéfice à leurs freres et sœurs nés hors des frontières, mais domiciliés dans le royaume. A défaut d'*hoirs procréés de son corps*, le roi héritait de tous les biens de l'aubain situés en France.

Le droit d'aubaine peut donc se définir le droit en vertu duquel les biens situés en France et délaissés par un étranger, mort *testat* ou *intestat*, sans enfants légitimes et régnicoles, étaient dévolus au souverain, propriétaire *ipso jure* de tous les biens sans maître situés en France. Que l'étranger demeurât dans le royaume ou hors de ses frontières, que ses biens lui fussent parvenus par succession ou autrement, le roi était son héritier. La législation coutumière ne refusait pas en principe à l'aubain la faculté de tester, mais elle n'attribuait aucune force à son testament pour les biens situés en France. La disposition n'était valable que pour les biens sis à l'étranger. En appliquant rigoureusement ce principe, certains jurisconsultes refusaient aux époux étrangers la capacité de se

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. I, § 50.

faire un don mutuel, parce que cette libéralité avait surtout pour but de profiter au survivant d'entre eux et qu'elle était faite en vue de la mort, et à la femme étrangère le droit de prétendre au douaire préfix sur les biens de son mari, situés dans le royaume, lorsque ce douaire excédait le douaire coutumier, parce qu'en ce cas la constitution du douaire préfix était une véritable donation à cause de mort. Mais la jurisprudence n'avait pas admis ces décisions.

A la double incapacité de succéder et de transmettre, soit par testament, soit *ab intestat*, qui atteignait l'aubain, s'en joignaient plusieurs autres.

Il ne pouvait exercer le retrait lignager, car il n'avait aucune parenté civile, seul fondement de ce droit. Mais il en était autrement du retrait féodal, comme de tous les autres droits féodaux attachés à la terre et non à la personne.

La jurisprudence lui refusait le droit de garde, sous prétexte qu'il ne pouvait exercer la puissance paternelle, ce qui était une erreur, car la garde noble ou bourgeoise n'en dérivait pas ; elle lui refusait également la faculté d'adopter et même l'*affiliation*.

Il lui était interdit de posséder aucun bénéfice, de détenir aucun office et de remplir aucune fonction publique dans le royaume, même celles de fermier des aides et gabelles (1). A l'égard des archevêchés, évêchés et abbayes chefs d'ordre, la prohibition était absolue, que l'aubain fût naturalisé ou non. Toutefois, en fait, le roi le relevait souvent de cette incapacité par une clause dérogatoire insérée dans les lettres de naturalité (2).

Il ne pouvait prêter le serment d'avocat, ni enseigner

(1) Ord. de 1493, 1499, 1554, 1563 ; ord. d'Orléans, art. 17 ; de Blois, art. 4, 45, 48, 61 ; de Moulins, art. 76.

(2) Ord. de 1431 et de Blois ; *Stil. Parlamenti*, part. 3 ; Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. 2, sect. 2.

dans une université : les degrés ne lui étaient conféré qu'à la condition de ne pas en faire usage sur le territoire français. Les écoliers, régents et suppôts des universités, d'origine étrangère, étaient soumis au droit d'aubaine : *qui liber vivit, sed servus moritur.* Les priviléges qui leur étaient accordés ne s'appliquaient qu'à leurs personnes vivantes et non à leurs biens après leur mort. Une ordonnance de 1315 avait pourtant exempté les écoliers étrangers de tout droit d'aubaine. Mais Bacquet leur contestait cette exemption.

L'aubain ne pouvait non plus faire la banque dans le royaume sans fournir devant le juge du lieu une caution de 150,000 liv., renouvelable tous les cinq ans (1). Il n'avait pas même la faculté de se faire recevoir maitre apothicaire ou épicier sans des lettres de naturalité.

Il devait en outre, comme on l'a dit plus haut, fournir *in limine litis*, en plaidant comme demandeur, une caution, dite plus tard caution *judicatum solvi*, s'il ne possédait pas d'immeubles en France, à moins qu'il ne fût commerçant (2). Au contraire l'étranger défendeur n'était pas tenu de cette caution (3), parce qu'il comparaissait par force devant le tribunal. Lorsque deux étrangers plaidaient l'un contre l'autre, le défendeur ne pouvait l'exiger du demandeur qu'après l'avoir fournie lui-même.

L'étranger ne pouvait user du bénéfice de cession et, par réciprocité, un français ne pouvait en faire usage contre lui. Il était contraignable par corps en matière civile, même après l'abolition de la contrainte par corps pour les régnicoles par l'ordonnance de 1667.

Il était incapable de servir de témoin dans certains actes solennels, par exemple dans les testaments, sauf

(1) Edit de 1563, art. 78 ; ord. de Blois, art. 357.

(2) *Institutes* de Littleton, liv. II, ch. 11, § 198 ; *Coutume* d'Abbeville, art. 37.

(3) Bacquet, 2e part. ch. XVI, n° 3 ; arrêt du 13 fév. 1581.

ceux qni étaient faits par les militaires en pays étranger.

Mais il était autorisé à invoquer les prescriptions acquisitives et libératoires de 30 ans, de 10 ans entre présents et de 20 ans entre absents, à l'exception de celle de 5 ans pour les rentes constituées.

Ces incapacités admettaient un certain nombre d'exceptions, soit en faveur de certaines classes d'étrangers, soit en faveur de certains lieux, soit à raison de traités conclus avec certaines nations.

1° Les princes souverains et les nobles étaient exemptés du droit d'aubaine, au moins jusqu'au temps de Charles VIII. A partir de cette époque, ils ne jouirent de ce privilége qu'avec des lettres-patentes qui le leur conféraient expressément.

Les marchands fréquentant les foires étaient aussi, pendant toute la durée de leur voyage, exemptés du droit d'aubaine (1).

2° En créant des manufactures pour développer l'industrie nationale, nos souverains exemptèrent souvent du droit d'aubaine les étrangers qui venaient y travailler (2).

Les soldats étrangers incorporés sous les drapeaux du roi, auxquels des lettres-patentes du 13 février 1534 avaient permis de tester et d'hériter en France, furent déclarés français en 1715, pourvu qu'ils fussent catholiques, aient

(1) Boutillier, *Somme rurale*, liv. I, tit. 25; ord. de 1344 sur les foires de Champagne; lettres-patentes de 1569, de 1443, de 1462, pour Lyon; de 1461, en faveur des marchands Flamands, Brabançons, Hollandais et Zélandais; du 20 janv. 1552 pour ceux de la hanse teutonique; d'oct. 1554 pour les négociants Ecossais.

(2) En janv. 1607, Henri IV déclara naturels et régnicoles les étrangers qui travailleraient aux manufactures de tapisseries de Flandre, de Paris et autres villes, exemption confirmée les 18 avril 1625 et 31 déc. 1643. Les ouvriers ayant travaillé pendant huit ans à celle de Beauvais, reçurent en août 1664 la même immunité, qui fut accordée à ceux des manufactures de glace et des Gobelins en 1663 et 1667.

servi pendant dix ans dans les armées françaises et demeurassent dans le royaume. Tous les gens de mer étrangers qui s'établissaient sur notre territoire furent considérés comme régnicoles, après un service de cinq années, depuis l'édit d'avril 1687.

Les étrangers, fixés d'une manière durable dans nos colonies et les esclaves nègres affranchis furent aussi naturalisés, afin d'accroître la population de ces dépendances de la France.

Enfin, en 1552 et en 1607, les étrangers employés au desséchement des marais, au défrichement des terres incultes et aux travaux des mines, furent déchargés du droit d'aubaine.

A Lyon, à Bordeaux, à Toulouse (1), les étrangers domiciliés furent considérés comme naturalisés par le fait même de leur séjour. Ce privilége étendu au ressort du Parlement de Toulouse, à la Guyenne et à la Provence, fut aussi concédé aux habitants de Cambrai en 1504 et à ceux de Dunkerque en 1662. L'édit de mars 1669 exempta du droit d'aubaine les étrangers fréquentant le port de Marseille, et réputa régnicoles tous ceux qui s'y seraient établis et y auraient commercé pendant douze ans consécutifs, et ceux qui s'y marieraient ou y achèteraient une maison valant plus de 10,000 livres, après trois ans de séjour. A Reims, d'après un édit de 1362, à Châlons-sur-Marne, depuis 1364, à Calais, en vertu de lettres-patentes de 1567 et 1599, les étrangers étaient également libres de tout droit d'aubaine.

3° Lorsque des nations étrangères accordaient l'exemption de ce droit aux Français, la France concédait par réciprocité la même faveur à leurs nationaux. A la fin du XVIII[e] siècle, 80 Etats environ avaient accepté l'abolition du droit d'aubaine, remplacé par le prélèvement d'une taxe

(1) Lettres-patentes de Louis XI, du 20 août 1492.

proportionnelle, connue sous le nom de droit de détraction. Le décret du 6 août 1790, qui prétendit abolir le droit d'aubaine, ne fit donc, à proprement parler, que supprimer la perception de cette taxe. Le droit d'aubaine était d'ailleurs plus préjudiciable qu'utile au fisc royal, puisqu'il éloignait l'immigration, gênait les relations commerciales et diminuait la valeur des immeubles en prohibant la concurrence de l'or étranger. En 1787, son produit net ne dépassait pas 40,000 écus par an, parce que le plus souvent, en vertu de cette maxime adoptée depuis Philippe-le-Bel, que le roi ne pouvait profiter d'une confiscation, les biens de l'aubain étaient distribués par la faveur royale entre les parents du défunt, au moins en partie, car la chambre des comptes investie par l'ordonnance de Blois de la mission de contrôler les libéralités du prince, s'opposait parfois à ce que la distribution s'étendît à toute la succession.

II. *Etranger à la seigneurie ou forain.* — A côté des étrangers nés hors du territoire français et qui étaient venus s'y établir, il existait une autre classe d'aubains : c'était celle des personnes nées en France, mais qui avaient quitté leur diocèse ou leur seigneurie d'origine pour se fixer dans un autre diocèse ou sur les domaines d'un autre seigneur. Ces personnes étaient frappées du *droit d'aubainage* ou *d'avenage*, moins comme *estranges* que comme *forains.*

Le régime féodal était très rigoureux à l'égard des forains. Il ne les proscrivait pas sans doute ; il faisait pis, il les confisquait. La liberté d'aller et de venir, cette liberté naturelle qui semble la première de toutes, n'existait alors qu'à demi, même pour le non-serf. Il est facile d'en donner la raison. De même que, dans les pays coutumiers, toute terre devait avoir un seigneur, de même, à l'exception des rares propriétaires d'alleux, tout homme était le vassal ou le sujet de quelqu'un. Par cela qu'elle couvrait

le sol, la hiérarchie féodale embrassait la nation tout entière : elle l'enveloppait dans un réseau serré, dont les mailles inflexibles ne laissaient échapper nulle créature humaine. A ne consulter que les apparences, c'était pure tyrannie ; à la juger de plus haut, dans ses causes et son origine, c'était une savante mesure de protection. Dans une société livrée aux brutalités de la force, il n'existe que deux moyens de se soustraire à la violence : l'association et la dépendance. Il faut que le faible s'unisse au faible ou se réfugie sous l'aile d'un puissant. Isolé, l'individu ne peut rien : dans sa course impétueuse, le torrent s'abat sur lui et l'emporte. Or, l'association commençait à peine à naître ; et quelles associations que ces timides communautés de serfs cachées dans un bois, groupées sur les bords d'un marais, qui ne possédaient pas même la terre ingrate à laquelle elles arrachaient leur nourriture, qui n'avaient ni chefs au dedans, ni alliés au dehors, et à qui l'on refusait jusqu'à l'arme nécessaire pour repousser les bêtes fauves ! Quelles ligues redoutables que ces humbles communes de bourgeois, fils de serfs ou affranchis eux-mêmes, tisserands courbés sur leur navette, marchands accroupis derrière leur comptoir, que la vue d'un homme d'armes suffisait à mettre en déroute, et qui, le plus souvent, attendaient, pour acheter à beaux deniers leurs franchises, que le besoin d'argent eût fait de leur maître de la veille leur *avoué* ou leur patron du lendemain ! Il n'y eut donc alors de salut que dans la dépendance, c'est-à-dire dans la protection d'un fort. Mais celui-ci ne la donna point gratuitement et, en retour, il exigea des services de vassalité, s'il s'agissait d'un vassal, de servage, s'il s'agissait d'un serf. De là pour tout forain qui venait fixer sa résidence dans une seigneurie, l'obligation de se reconnaître vassal ou serf du baron du lieu, et s'il ne l'*avouait* pas dans le délai d'un an et jour, celle de lui payer une amende représentant le prix de la tutelle qu'il en recevait. En un mot, nous

retrouvons au moyen-âge le *mundium* exercé par le germain sur son hôte, la garantie stipulée par la loi salique au profit de l'*advena* qui avait séjourné pendant un an chez un homme libre et celle dont les lois anglo-saxonnes d'Edric et de Clotaire nous ont conservé le curieux souvenir (1).

« Se aucuns hons estrange, disent les *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. 87, vient ester en aucune chastellenie de aucun baron, et il ne fasse sainnieur dedans l'an et le jour, il en sera exploitable au baron. Et se aventure estoit que il morust et il n'eust commandé à rendre quatre deniers au baron, tuit se meubles seroient au baron. » Quelques coutumes renferment une disposition semblable. « Quand aucuns forains, dit celle de Touraine, art. 143, qui ne sont du bailliage de Touraine, décèdent en la justice d'un seigneur, a ledit seigneur le droit d'aubenage, c'est à savoir une bourse neuve et quatre deniers dedans, et doit être payé ledit aubenage au seigneur, son receveur ou fermier, ou, en son absence, à son officier, ou porté en son logis ou maison, si aucune en a, 24 heures après que le corps sera inhumé et mis en terre, sans que, pour raison dudit droit, l'inhumation dudit corps puisse estre retardée ; et, en défaut de payer ledit droit d'aubainage, ledit seigneur peut prendre et lever 60 sous d'amende sur les héritiers et biens dudit défunt, ensemble son droit d'aubainage. »

Ainsi le forain qui se transportait dans une autre seigneurie que celle de son origine était soumis à une double obligation : aveu du seigneur dans l'an et jour à peine d'amende ; legs de 4 deniers au profit de ce seigneur, sous peine de confiscation du mobilier. Partant le principe était le même ; mais il existait une grande variété dans les détails. Pour ne prendre des exemples qu'en Bourgogne,

(1) Canciani, t. IV, p. 231.

en certains lieux, le droit d'aubainage était exorbitant. Le seigneur de Buxy (Saône-et-Loire) héritait des étrangers et passants qui mouraient *intestat* ou sans hoirs, qu'ils fussent venus de par delà les frontières ou simplement forains (1). A Seurre, nul ne pouvait posséder une maison ou un *ténement* de terre, s'tl n'était *estagé*, c'est-à-dire domicilié dans la ville, ou homme du seigneur, ou du moins autorisé par lui. Par suite, le forain devait avouer le seigneur ou solliciter son autorisation pour acheter une terre. Ailleurs, la loi était moins rigoureuse, surtout lorsque le baron cherchait à peupler un nouveau centre de population, fondé par lui. Ainsi à Leffonds (Haute-Marne), une charte de 1285 affranchit tous les étrangers qui viendront s'y établir, à la condition de payer au sire de Chateauvillain 6 deniers d'entrée et un au maïeur, 12 deniers par bête de trait ou à défaut, 12 deniers de service. Dans ce dernier acte, à côté du droit dû au seigneur on en voit figurer un autre perçu par le maire. En effet, lorsque le forain venait s'établir dans une localité franche, il devait le droit d'*habitantage*. Les communautés affranchies, villes ou villages, se conduisaient à l'égard des forains comme de véritables seigneurs. Elles leur faisaient payer la faculté de résider sur leur sol et de jouir de leurs immunités. D'une part, dans les communes jurées, l'étranger était placé sous la juridiction communale (2). Il leur devait en conséquence une indemnité en échange de cette faveur. De l'autre, il participait à la jouissance des franchises locales et en quelque sorte à celle du sol lui-même. Ainsi, à Châtillon-sur-Seine, l'accord passé en 1206 entre le duc de Bourgogne et l'évêque de Langres au sujet de leurs droits respectifs sur la ville, stipulait

(1) Garnier, *Chartes de commune et d'affranchissement du duché de Bourgogne*, t. I. p. 304.

(2) Garnier, *op. Cit.* t. I, p. 103 ; transaction entre Philippe-le-Bon et la ville de Dijon, de 1443.

que l'étranger établi dans ses murs ne pourrait être contraint à servir un maître malgré lui. Il acquérait le droit de bourgeoisie après un an et un jour d'habitation en payant un setier de vin au prévôt, un autre au maire et deux deniers aux deux *ventiers* de la ville. Quand il avait acquis cette liberté municipale, il pouvait tester (1). On lui accordait même, lorsqu'il n'avait pas acheté le droit de bourgeoisie, certaines facultés transitoires, grâce auxquelles il n'était pas considéré comme un *hostis*, mais plutôt comme un *hospes*, par exemple le droit de vendre pendant quinze jours son pain et son vin dans la cité, si une querelle à main armée venait à éclater entre la commune et son propre seigneur (2). Dans d'autres lieux, le seigneur doit un sauf-conduit et même une escorte d'hommes d'armes à tout étranger qui veut quitter la localité, à moins qu'il ne soit poursuivi pour vol, incendie, homicide ou crime capital (3). Le forain avait de même besoin d'un sauf-conduit pour pénétrer dans la commune, afin d'éviter toute injure (4). Moyennant le paiement du droit d'*habitantage*, le forain est libre ; il est admis à participer à tous les bénéfices de la communauté (5). Quelquefois, mais rarement, ce droit était remplacé par un serment prêté devant le seigneur, serment dont la prestation suffisait à donner à l'étranger part à toutes les franchises locales, sans l'exonérer toutefois des taxes auxquelles, selon les circonstances, la communauté pouvait le soumettre.

(1) Garnier, *op. cit.* t. I, p. 340.

(2) Garnier, *op. cit.* t. I, p. 209 ; chartes de Beaune, de 1203 et de Montbard, de 1231, copiées sur celle de Dijon, de 1187.

(3) Chartes de franchises de Verdun sur le Doubs, de 1234, et de Sagy, de 1266. *Id.* t. II, p. 145 et 329.

(4) Charte d'Auxonne, de 1229, art. 12.

(5) Ce droit dont on trouve la première trace en Bourgogne en 1233 (Garnier, *op. cit.* t. II, p. 135) variait selon les lieux, de 10 à 20 sols.

Le forain qui n'avait pas acquitté la taxe d'*habitantage* était frappé d'un grand nombre d'incapacités, formellement prévues par les chartes d'affranchissement et de commune, c'est-à-dire par les coutumes locales. En certains lieux, on lui interdisait jusqu'au droit de propriété; en d'autres, il ne pouvait tester. De plus, il était exposé à une dure occurence. Si la communauté du lieu précédemment habité par lui était débitrice de celle où il avait transporté son domicile, il était responsable, même par corps, de la dette communale, et pouvait être emprisonné jusqu'à son entier acquittement. Règle impitoyable dont on rencontre de trop fréquents exemples, mais règle générale qui s'applique jusqu'au XVIe siècle et à laquelle on ne dérogeait qu'en cas de stipulation contraire. On lit dans la charte de commune d'Auxonne de 1229, art. 13, ces mots miséricordieux, qui attestent l'existence de l'usage opposé : « Nus ni sera gaigiez por la dete son seignor, mas que par la soe (la sienne propre) de ce coneue. » C'était par ce moyen que les communes, dépourvues de toute voie coercitive efficace, essayaient le plus souvent de recouvrer leurs créances sur les puissants seigneurs de leur voisinage, qui avaient fait appel aux épargnes municipales. Par contre, même dans les lieux où la rigueur du droit avait été ainsi adoucie, la renonciation du forain à l'incolat pouvait le faire retomber sous l'application des mesures violentes, que l'on justifiait par son incapacité légale. Lorsqu'il venait à quitter la ville d'Auxonne, il n'avait le droit de rien emporter avec lui et son héritage appartenait au seigneur.

Les coutumes sont en général muettes sur la condition des forains, parce que le droit d'aubenage avait presque entièrement disparu à l'époque où elles furent rédigées. Il n'y en avait plus trace au XVIe siècle, si ce n'est en Touraine, dans le Loudunois, et dans de rares localités où il avait triomphé des efforts tentés par la royauté pour

l'abolir. Celle-ci ne reconnaissait, en effet, depuis longtemps comme aubains que les étrangers nés hors du royaume et sur lesquels elle s'était réservé le droit d'aubaine. Elle ne pouvait donc tolérer que les seigneurs s'arrogeassent le pouvoir de restreindre la liberté de ceux de ses sujets qui transportaient leur résidence d'une seigneurie dans une autre. Dès 1145, au témoignage d'une charte rapportée par La Thomassière dans les *Coutumes locales du Berry*, p. 62, Louis VI déclarait qu'il s'était introduit de détestables usages à cet égard dans la ville de Bourges, et il avait autorisé tous les forains à circuler librement avec leurs biens, à passer d'un fief dans un autre sans être inquiétés, même lorsque leur seigneur d'origine était en guerre avec le roi. Cette déclaration était sans doute prématurée et ne détruisit point partout le droit d'aubenage qui continua d'être perçu par un certain nombre de barons. Mais elle prépara l'avènement d'un régime plus libéral, qui finit par se généraliser au moment de la rédaction des coutumes. Le droit d'habitantage lui-même, qui ne dérivait pas de la même source, s'affaiblit et commença à tomber en désuétude. La faculté de devenir bourgeois du roi, sans cesser de demeurer sur le territoire d'un reigneur, sans avoir sa résidence dans les lieux qui avaient reçu le privilège de bourgeoisie (1) diminua singulièrement les cas où le forain avait intérêt à payer la taxe d'habitantage. Celle-ci s'éteignit donc à son tour ou finit par se confondre avec l'obligation pour le forain de supporter sa part des charges de la communauté.

(1) V. Bréquigny, *Ord. du Louvre*, t. XII, préf., p. 7.

CHAPITRE II

ACQUISITION PAR LES ÉTRANGERS DE LA QUALITÉ DE RÉGNICOLE

Pour acquérir la jouissance des droits civils, l'étranger devait être naturalisé. La naturalisation était constatée par deux moyens : les lettres de naturalité et les lettres de déclaration de naturalité.

1° *Lettres de naturalité.* — Il ne faut pas confondre ces lettres avec celles que le prince accordait parfois, à titre exceptionnel, soit pour exercer un office, soit pour posséder un bénéfice. L'étranger pourvu d'une semblable autorisation ne pouvait en faire usage que pour l'objet spécial en vue duquel elle avait été accordée. Il était relevé d'une seule des incapacités prononcées par la loi contre les non-français, mais ne pouvait faire les autres actes de la vie civile.

Les lettres de naturalité, que l'on appelait aussi *lettres de civilité* ou *lettres d'adoption*, devaient émaner de la puissance souveraine. Celle-ci avait seule qualité pour les délivrer, parce qu'elle seule pouvait autoriser l'étranger à établir son domicile en France, à y acquérir des biens, à y tester et à y succéder. Les hauts justiciers qui n'avaient ni la faculté de légitimer un bâtard, ni de donner l'amortissement aux gens de mainmorte, ne possédaient pas non plus le droit de naturaliser. Par suite, ils ne pouvaient prétendre à la finance payée pour prix de la naturalisation, ni à assister à l'entérinement des lettres royales. C'était là une différence importante qui existait entre la naturalisation et l'affranchissement. Lorsque le

roi conférait cette dernière faveur à un serf, le seigneur de celui-ci avait droit à une indemnité (1), parce que son fief était *apeticié*. La naturalisation de l'étranger, au contraire, ne diminuait pas le fief. Les lettres de naturalité étaient vérifiées par la Chambre des Comptes qui fixait elle-même la taxe due par l'impétrant, taxe représentant l'abandon du droit d'aubaine qui aurait été perçu par le roi à son décès. Quant à leur enregistrement au parlement, il n'était destiné qu'à assurer leur exécution.

Ces lettres avaient pour effet de conférer à l'étranger, non, comme le dit Bacquet, la qualité de français, puisqu'il restait incapable de remplir certaines fonctions ou d'être élevé à certaines dignités, et qu'il ne pouvait, en dehors de celle de son père légitime, recueillir en France la succession d'un *de cujus* laissant d'autres héritiers nés sur le territoire français, quoique d'un degré plus éloigné que lui, mais la jouissance de la plupart des droits civils attribués au régnicole. Il pouvait disposer par testament de tous les biens qu'il avait dans le royaume et ses parénts nés et demeurant en France ou naturalisés pouvaient librement lui succéder, comme il leur succédait lui-même, sauf la réserve précédente; il n'était pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, et n'était pas soumis à la contrainte par corps en matière civile; il pouvait être témoin, exercer le retrait lignager et être admis au bénéfice de cession. En certains cas, il était même traité plus favorablement que le Français d'origine, car il n'était pas astreint à observer la réserve coutumière dans ses dispositions entre vifs ou testamentaires. Toutefois, sa condition n'était pas absolument libre. Il demeurait soumis aux taxes perçues sur les étrangers qui commerçaient en France (2); il ne pouvait tester qu'en faveur de

(1) Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, 3e part., ch. XXXIV; arrêt du parlement de Bourgogne du 1er juin 1571.

(2) Déclarations du 29 janvier 1639 et du 22 juillet 1697.

Français ou d'étrangers naturalisés, et ses héritiers étaient non ses plus proches parents, mais ceux de ses parents les plus rapprochés qui avaient la qualité de régnicoles (1). L'étranger non naturalisé n'était pas en effet habile à se dire et porter héritier en France, qu'il y résidât ou non.

Les lettres de naturalité n'étaient valables qu'autant que l'impétrant demeurait en France. S'il transportait son domicile au dehors, sans esprit de retour, il était présumé avoir renoncé à leur bénéfice (2). Les effets de la naturalisation étaient, comme en droit romain, exclusivement personnels à l'étranger qui l'avait obtenue et ne s'étendaient pas à sa famille, à moins qu'il ne l'eût sollicitée à la fois pour elle et pour lui.

2° *Lettres de déclaration de naturalité.* — On appelait ainsi les lettres qui reconnaissaient la qualité préexistante de régnicole à un particulier ou aux habitants d'une cité, d'une province qui avaient, par une circonstance quelconque, passagèrement perdu le titre de français. Elles constataient un fait ancien et en rétablissaient les effets pour l'avenir. Si, par un traité spécial, le roi avait accordé les droits de citoyen français à une nation étrangère et qu'une guerre survînt ensuite entre les deux peuples, des lettres de déclaration de naturalité auraient été nécessaires, après le rétablissement de la paix, pour restituer à cette nation ses droits antérieurs, à moins que le nouveau traité ne les lui eût expressément rendus.

(1) *Coutumes* de Sens, art. 90 ; de Bretagne, art. 510, 551.

(2) Ord. de 1499, rappelée en août 1718 et février 1720.

CHAPITRE III

PERTE PAR LES FRANÇAIS DE LA QUALITÉ DE RÉGNICOLE

La qualité de régnicole et les droits qui y étaient attachés se perdaient par l'abandon du territoire français sans esprit de retour. Le Français qui s'expatriait à perpétuité était réputé étranger.

Les coutumes ne renferment pas à cet égard de dispositions explicites. Mais les ordonnances royales avaient à plusieurs reprises formulé ce principe, nettement exprimé par l'édit d'août 1669. « Défendons à tous nos sujets, dit Louis XIV dans cet acte, de s'établir, sans notre permission, dans les pays étrangers, par mariage, acquisition d'immeubles, transport de leurs familles et biens, pour y prendre établissement stable et sans retour, à peine de confiscation de corps et de biens et d'être réputés étrangers. » Cet édit fut renouvelé en 1685, 1698, 1699, 1704 et 1713. Il avait surtout pour but d'atteindre les Français professant la religion réformée qui avaient cherché un asile au delà des frontières.

Pour être réputé étranger, le Français devait donc quitter sa patrie sans esprit de retour et en outre être l'objet d'un jugement. Si la peine de la confiscation n'était pas requise contre lui, s'il n'avait pas été poursuivi en justice pour le fait de *désertion*, dit Pothier, il ne cessait pas d'être régnicole et conservait tous ses droits.

L'esprit de retour se présumait jusqu'à preuve contraire. Cette preuve devait s'appuyer sur un fait révélant la volonté certaine de changer de patrie. Il en était ainsi, par exemple, lorsque le Français s'était fait pourvoir

d'un office ou d'un bénéfice en pays étranger, lorsqu'il y avait reçu des lettres de naturalisation, ou lorsqu'il y avait transporté soit sa fortune, soit son commerce. Une absence prolongée ne suffisait pas pour opérer la preuve. Quelque longue qu'elle ait été en effet, rien ne s'opposait à ce que l'émigré revînt dans le royaume. Il en était de même de son mariage à l'étranger. Aucun délai fatal n'était fixé pour le retour, bien que certaines ordonnances, notamment celles qui concernaient les protestants fugitifs, eussent intimé aux réfugiés qui avaient passé la frontière de se représenter dans un temps déterminé. La déclaration du 25 octobre 1725 laissait au contraire ces émigrés et leurs familles maîtres de revenir, lorsqu'ils le jugeraient à propos et de rentrer ainsi dans leurs droits de régnicoles, « à la charge toutefois de ne pouvoir prendre aucune part aux successions échues avant leur retour et de ne pouvoir participer qu'à celles qui écherront depuis leur arrivée en France, après avoir néanmoins fait abjuration et avoir prêté serment de fidélité. »

Lorsqu'un Français s'était expatrié sans la permission du roi et sans esprit de retour, on agitait, avant l'édit de 1669, la question de savoir si, à sa mort, ses biens situés en France appartenaient au roi, à l'exclusion de ses héritiers légitimes. Chopin soutenait l'affirmative dans son *Traité du domaine*, ch. XI, n° 16, tandis que Bacquet, dans son *Traité du droit d'aubaine*, ch. XL, tenait pour la négative, à la condition toutefois que les héritiers fussent les enfants du défunt et qu'ils demeurassent en France, car, disait-il, ils méritent en ce cas une grande faveur. Cependant, ils devaient, d'après lui, obtenir du roi des lettres qui les relevassent du vice de leur naissance sur le territoire étranger. Cette dernière solution était évidemment préférable. L'enfant né en pays étranger d'un Français expatrié, mais qui s'était établi en France n'était pas

devenu étranger par le fait de sa naissance. Il était demeuré français et ne devait pas être plus rigoureusement traité que l'enfant né en France d'un étranger et auquel on reconnaissait le droit de succéder à son père.

Aujourd'hui la résidence en pays étranger sans naturalisation, quelle qu'en soit la cause, ne fait plus perdre la qualité de français, si elle n'a été accompagnée d'un établissement dans ce pays sans esprit de retour. L'abdication de la qualité de français est présumée, comme sous l'empire du droit coutumier, dans le cas de naturalisation ou d'acceptation, soit de fonctions publiques, soit de service militaire à l'étranger, sans l'autorisation du Gouvernement. Enfin, elle résulte du fait de son établissement, non commercial, en pays étranger sans esprit de retour, et du mariage d'une française avec un étranger. Il y a donc là quelques différences avec l'ancien droit.

Il est inutile d'ajouter que le régnicole perdait autrefois, comme aujourd'hui, sa qualité de français lorsqu'il conservait son domicile dans une portion de territoire distraite par la conquête ou un traité du sol français. Cependant, comme cela a été indiqué plus haut, nos rois avaient coutume d'exempter du droit d'aubaine les habitants de la contrée conquise ou cédée, afin de maintenir leur prétention sur elle.

D'autres causes pouvaient faire perdre la jouissance des droits civils sans dépouiller l'individu qui en était privé de la qualité de régnicole. Il en était ainsi de la mort civile et de la profession religieuse que nous examinerons plus loin.

TITRE II

RÉGNICOLES POSSÉDANT TOUS LES DROITS CIVILS

Bien qu'un individu appartienne par sa naissance et son domicile à une nation, certaines causes personnelles peuvent le dépouiller de la jouissance des droits civils ou au moins limiter cette jouissance. Il y a donc lieu de distinguer les régnicoles qui possèdent tous les droits civils et ceux qui en sont totalement ou partiellement privés.

Dans l'ancien droit, la première classe comprenait les clercs, les nobles et les bourgeois.

CHAPITRE I

CLERCS

Lorsqu'il s'appliquait aux personnes ecclésiastiques, le mot *clerc* avait, dans le langage de l'ancien droit, deux sens différents. D'une part, dans une acception restreinte, il désignait seulement l'individu qui se destinait à l'état ecclésiastique et en avait au moins reçu le premier caractère, la tonsure. De l'autre, dans une acception plus étendue, il s'appliquait à toutes les personnes appartenant à l'Eglise, depuis le simple tonsuré jusqu'aux dignitaires les plus élevés, primats, archevêques ou évêques. Ce nom, dérivé d'un terme grec signifiant sort, héritage, leur était donné parce que ces personnes étaient regardées comme l'héritage du Seigneur ou qu'elles l'avaient choisi pour partage.

Sans entrer dans l'examen de la constitution et de la

hiérarchie de l'Eglise catholique, il suffit ici de rappeler que l'on distinguait autrefois, comme aujourd'hui, deux clergés, le clergé *séculier*, comprenant, à tous les degrés, tous les hommes revêtus d'un caractère sacré, qui étaient chargés des intérêts spirituels et de l'administration d'un diocèse ou d'une paroisse, et le clergé *régulier*, composé des membres des ordres religieux, vivant sous une règle uniforme, soit en particulier, soit en commun. Bien qu'à proprement parler ces derniers fissent partie de la *clergie*, comme ils perdaient la jouissance de leurs droits civils en faisant profession religieuse, nous ne devons nous occuper en ce moment que des clercs séculiers, qui joignaient aux droits civils appartenant à tous les régnicoles libres certains privilèges, personnels et réels, attribués exclusivement à leur qualité.

Pourquoi ces priviléges et quelle en était l'origine ? L'Eglise les devait moins à sa puissante organisation, au profond respect des princes et des peuples, à l'autorité de sa législation propre qu'aux services rendus par elle aux nations et aux souverains. Les honneurs et les droits utiles qui lui étaient accordés dans tous les Etats chrétiens étaient moins le fruit de la diplomatie ou de la conquête que le tribut spontané de la reconnaissance.

Sans doute, la foi virginale et naïve, mais robuste, des barbares convertis au Christianisme et plus tard la foi plus mûrie, mais aussi inébranlable, des hommes du moyen-âge n'avaient éprouvé aucune peine à confondre dans une vénération égale le culte et ses ministres. Ils n'hésitaient pas à reconnaître en ceux-ci, outre la vertu divine du sacrement, comme une flamme innommée, une vertu surnaturelle qui les élevait au dessus des autres hommes, puisqu'elle leur inspirait souvent des actes de charité, de dévouement et de sacrifice en quelque sorte surhumains, je veux parler de la *vocation*. Plus rapproché du Christ, non par la croyance, mais par l'amour, marqué de son

signe indélébile, dépositaire de sa doctrine, investi de son autorité sur les âmes, isolé au milieu d'un monde grossier, qui ne s'inclinait ailleurs que devant la force, et qu'il domptait pourtant par la persuasion, le sacerdoce occupait dans le siècle une place à part, que revendiquaient du reste pour lui les lois ecclésiastiques. Mais sa puissance spirituelle n'eût peut-être pas suffi à lui conquérir ce rang distingué si, maître des intelligences, il ne s'était aussi rendu maître des cœurs par les services qu'il rendait incessamment à la société.

Je ne parle pas ici seulement des évêques qui dans la Gaule romaine étaient défenseurs des cités, et qui, sous leur chape pontificale, abritaient des populations entières ; de ces évêques qui plus tard gouvernaient de grands diocèses avec une autorité sinon supérieure, au moins égale à celle des ducs et des comtes, qui s'asseyaient dans les conseils du souverain, administraient avec lui le royaume et prenaient part à sa justice ; de ces puissants abbés, obéis par cent monastères, et sous la crosse desquels des milliers de serfs étaient venus chercher sinon la liberté, mais la sécurité, l'aumône et la paix ; de ces chapitres non moins puissants, qui se recrutaient parmi les familles nobles, et sous les cloîtres desquels les fils des hauts barons ne croyaient pas déroger en enseignant les lettres divines et humaines aux enfants de leurs tenanciers. Je parle aussi du clergé des campagnes, de cette humble, mais vaillante milice qui sortait du peuple et qui vivait de sa vie, près de lui, avec lui. Au XI[e] et au XII[e] siècles, le prêtre n'était pas seulement le pasteur spirituel, mais le protecteur, l'avocat, le conseiller, le chef même de son troupeau. Plus d'une fois, il s'était mis à sa tête pour repousser l'invasion étrangère, pour résister à la tyrannie locale, ou pour le conduire sous les étendards du roi. Il ne lui donnait pas la liberté, dont il n'était pas le maître ; mais en lui enseignant la foi, il lui apprenait à

s'en rendre capable et digne, car aucun peuple incrédule n'a pu être libre. Loin d'être l'allié du château, le presbytère servait de terrain neutre, sur lequel se rencontraient les seigneurs et les serfs ; c'était là que les faibles, les ignorants allaient le plus souvent chercher leur porte-parole, quand il s'agissait d'adoucir une rigueur, de solliciter une trêve, d'obtenir un ménagement. Le curé était aussi l'instituteur de la jeunesse. L'existence désormais avérée de nombreuses écoles dans les campagnes au moyen-âge ne permet plus de révoquer en doute ce grand bienfait de l'instruction populaire dû surtout à l'initiative ecclésiastique. Les curés choisissaient des clercs pour enseigner les enfants, et ce mouvement prit même une telle extension au XVIe siècle qu'un ambassadeur vénitien écrivait à cette époque, avec une exagération évidente, mais sincère : « Il n'y a personne en France qui ne sache lire et écrire (1). » Grâce à eux, les écoles se répandaient dans un grand nombre de villages, et lorsqu'elles n'étaient point ouvertes gratuitement, parce que les clercs ne suffisaient point partout à cette tâche laborieuse, le prêtre s'efforçait du moins de faire réduire le prix exigé par les « précepteurs (2). » Si leur zèle à cet égard venait à se relâcher, les évêques le stimulaient dans leurs instructions pastorales (3).

Le curé de campagne ne se bornait pas à l'aumône de

(1) *Relations des ambassadeurs vénitiens*, I, 48.

(2) Au XIVe siècle, les curés assistaient aux contrats faits entre les maîtres d'école et leurs clercs, afin que les salaires de ceux-ci ne fussent pas trop élevés et que la rétribution due par les écoliers ne fût point par conséquent augmentée. (Simonnet, *Le clergé en Bourgogne, documents inédits*, p. 348).

(3) « Nous exhortons les curés, disait l'évêque de Grenoble en 1690, de s'appliquer à l'établissement des petites écoles dans les paroisses par toutes les voies que la charité leur inspirera. » Les déclarations royales qui intervinrent à la même époque pour prescrire l'enseignement primaire ne firent que poursuivre le sillon commencé par l'Eglise.

l'âme et de l'intelligence. Malgré la précarité et la modicité de ses ressources (1), sa charité s'étendait aussi libéralement aux besoins physiques de ses paroissiens. Aussi, malgré quelques exceptions inévitables, tous les documents contemporains attestent l'inébranlable affection qui, d'ordinaire, unissait le pasteur à son troupeau et le troupeau à son pasteur. Il n'est pas besoin de remonter au moyen-âge pour s'assurer de ce dévouement et de cet attachement réciproques. C'est en 1789 même, à la veille de la Révolution, quelques années à peine avant la chasse donnée aux prêtres insermentés ; ce n'est pas seulement dans la Bretagne, peut-être suspecte d'un aveugle fanatisme, que les paysans apprécient les « bons et utiles curés qui s'occupent de près et journellement de l'indigence et de l'assistance du peuple » ; c'est en Provence, en Dauphiné, en Champagne, dans un grand nombre de provinces, en un mot, que les cahiers du Tiers-Etat demandent l'amélioration du sort des prêtres de campagne, « pasteurs vigilants et infatigables, disent les villageois, qui portent le poids du jour, de la chaleur et sont sans cesse occupés des besoins spirituels de leurs paroissiens (2). »

(1) Il avait sans doute le casuel et la dime, mais celle-ci était loin de lui fournir un revenu considérable. Elle s'élevait rarement, d'une part, au 10e de la récolte, et était le plus souvent du 13e, du 14e, du 20e, quelquefois du 40e. De l'autre, elle ne profitait, en général, qu'aux gros décimateurs, qui ne résidaient pas dans la paroisse et en avaient affermé la cure. (V. les *Mémoires* de Claude Haton). Le desservant n'avait que la portion congrue, si mince que Charles IX dut en fixer le minimum à 120 liv. pour les curés et à une somme inférieure pour les vicaires. Aussi la dîme était plus décriée par les prêtres de village eux-mêmes que par les paysans (V. Vauban, *Projet de dixme royale*). Quant au casuel, s'il était productif dans les villes, il était presque nul dans les campagnes, parce que les pauvres en étaient dispensés (V. règlement homologué par le parlement de Bourgogne en 1407 ; Pérard, *Recueil de pièces relatives à l'histoire de Bourgogne*, p. 382, 387). Il en résultait que le prêtre rural allait souvent mourir à l'hospice (*Archives de l'Aube*, G. 766).

(2) *Arch. parl.*, t. V, 517 et *passim* ; *Arch. de l'Aube*, B, 17, 18, 19.

D'un autre côté, jusqu'aux années suprêmes qui marquèrent, à la fin du siècle dernier, la chute de l'ancien régime, le prêtre était un anneau obligé dans la chaîne qui unissait le villageois à l'ordre social. Le curé n'était pas renfermé dans son église et ne bornait pas son rôle à la célébration des offices ou à la prière ; il était sans cesse mêlé à la vie privée des fidèles, et devenait parfois le témoin nécessaire de leur vie publique. En dehors de la société chrétienne, il n'y avait pas d'état civil. Les naissances, les mariages, les décès des membres de la communauté recevaient du curé leur constatation officielle, puisqu'il était chargé d'inscrire sur des registres spéciaux les baptêmes, les inhumations et les bénédictions nuptiales. Il était, en outre, l'organe de la loi civile, en publiant dans l'église, à la suite du prône, les actes de l'autorité publique, et celui de la justice, en y donnant lecture des monitoires, c'est-à-dire des injonctions adressées aux témoins d'un fait illicite ou criminel d'en faire connaître les circonstances ou les auteurs, sous peine d'encourir la peine redoutée de l'excommunication. Il n'avait pas seulement le devoir de pénétrer sous le toit de ses paroissiens pour leur porter ses exhortations pastorales ou les sacrements ecclésiastiques. Il avait encore le droit de recevoir le testament des mourants. « Pour réputer un testament solennel, disait l'article 289 de la coutume de Paris, est requis qu'il soit escrit et signé du testateur, ou qu'il soit passé pardevant deux notaires, ou pardevant le curé de la paroisse du testateur, ou son vicaire général et un notaire, ou dudit curé ou vicaire et trois témoings. » Cet usage, aussi ancien que les coutumes elles-mêmes, n'avait pas été étranger à l'opulence des églises ; mais il mettait le curé en relation étroite avec ses ouailles, puisqu'il faisait de lui comme le gardien de leurs volontés dernières et le dépositaire des secrets de leur fortune.

On recourait également à son ministère pour d'autres

actes de la vie civile. Ainsi, le créancier qui avait épuisé tous les moyens de contrainte ordinaires, sans pouvoir obtenir le paiement de ses créances, pouvait demander au juge d'église, pour dernier remède d'exécution, dit Papon (1), de prononcer l'excommunication contre son débiteur. La sentence prononcée, sur la provocation du curé, par le tribunal ecclésiastique, n'avait pas seulement pour effet de retrancher le débiteur insolvable de la communion des fidèles : après l'expiration d'un an et d'un jour, l'excommunié qui n'avait ni acquitté sa dette ni reçu en conséquence l'absolution était abandonné au bras séculier ou, en d'autres termes, emprisonné (2). Si l'excommunié mourait sans s'être libéré, sa famille sollicitait, après avoir acquitté la dette, une absolution *in forma cadaveris*, afin de lui procurer la sépulture en terre sainte. L'autorité ecclésiastique et l'autorité civile favorisaient d'ailleurs médiocrement l'usage de l'excommunication pour dettes, dont les décisions pontificales tempéraient la rigueur, parce qu'elles répugnaient à appliquer à une matière civile une pénalité purement religieuse (3). On en rencontre toutefois des exemples jusqu'au milieu du XVIe siècle (4). Mais, au moyen âge, ils étaient très fréquents; quelquefois les sentences s'accumulaient sur la tête des débiteurs sans être plus efficaces (5).

(1) *Recueil d'arrêts*, liv XVIII, tit. VII.

(2) « Les clercs appelent bras séculier quand aucun se laisse excommunier par an et plus : et pour ce est appelé bras séculier que l'évesque, qui n'a point exécution séculière, requiert sur ce par ses lettres réquisitoires au juge lay par le moyen d'un de ses prebtres ou appariteurs, qui en aide droit requiert de ramener tel à la foy catholique qui par an et plus s'est comme chien endormy en excommunication, qu'il soit contraint par détention de corps à satisfaire et soy remettre en obéissance de Sainte Eglise. » Boutillier, *Somme rurale*, liv. II, tit. XII.

(3) *Concil. Trident.* sess. XXV, *de ref.* c. 2.

(4) Acte de 1542, *Revue des Sociétés sav.* 6e sér. t. VI, p. 80.

(5) Une requête présentée en 1394 à la duchesse de Bourgogne,

Le prêtre était même parfois appelé à rendre de véritables jugements. Lorsqu'un habitant accusait un autre de *mésellerie*, c'est-à-dire affirmait qu'il était atteint de la lèpre, le prétendu lépreux en appelait au curé. Celui-ci réunissait la communauté au cimetière et, si la majorité des villageois déclarait l'imputation calomnieuse, il prononçait l'excommunication contre tous ceux qui répéteraient ce propos diffamatoire (1).

Enfin, le curé rural avait le droit d'assister aux assemblées de la communauté qu'il administrait spirituellement et, en Bretagne même, il était l'intermédiaire des commissions diocésaines pour la répartition de la taille. A la fin du XVIIIe siècle, Turgot lui demandait plus encore : loin de lui interdire l'immixtion dans l'administration communale, il le regardait comme son subdélégué lorsqu'il dirigeait l'intendance de la généralité de Limoges ; il le priait de correspondre avec lui et de l'informer de tous les événements de la paroisse, de lui transmettre les requêtes des habitants, de l'aider à améliorer la levée des impôts : il ajoutait « qu'on était trop heureux d'avoir dans chaque paroisse un homme qui eût reçu quelque éducation et dont les fonctions dussent, par elles-mêmes, lui inspirer des idées de justice et de charité. »

Ainsi étaient nés, ainsi se justifiaient jusque dans l'opinion populaire les priviléges ecclésiastiques. Ils étaient de deux sortes : les priviléges honorifiques proprement dits ou de préséance, et les exemptions.

Les ecclésiastiques composaient le premier ordre du royaume ; dans les États généraux ou provinciaux, le clergé précédait les autres corps ; dans les parlements, la voix des conseillers clercs était recueillie avant celle

nous apprend qu'un mari et sa femme étaient sous le coup de vingt sentences de ce genre. « à quoy, dit-elle, le premier ne veult mettre aucun remède. » (Simonnet, *Documents inédits*, p. 372.)

(1) Marnier, *ancien coutumier de Bourgogne*, ch. XXXII.

des conseillers laïques ; dans les provinces, l'archevêque marchait avant le gouverneur ; dans les cérémonies religieuses, le clerc avait le pas sur le laïque.

Les exemptions accordées aux ecclésiastiques étaient également de deux espèces. Les unes étaient relatives aux biens des clercs, mais aux biens considérés par rapport à leurs personnes, les autres à leurs personnes seulement.

A l'égard de leurs biens, les ecclésiastiques constitués dans les ordres sacrés pouvaient posséder des terres nobles sans être soumis au droit de franc-fief (1).

La plupart des coutumes les exemptaient des corvées réelles, et lorsqu'ils n'en étaient pas déchargés, ils étaient autorisés à les faire remplir par des mercenaires. Ils n'étaient soumis à aucune banalité de moulin, de four ou de pressoir.

Ils étaient dispensés de représenter leurs titres pour établir les droits qu'ils prétendaient posséder : des actes de possession pouvaient suppléer à ces titres.

Ils étaient exempts de l'impôt sur le sel et de la visite de leur maison pour recherche du sel introduit en fraude (2), du droit d'aides pour les vins fabriqués par eux dans leurs bénéfices ou leurs terres patrimoniales, pour ceux qui provenaient de leurs dîmes et de tous droits d'entrée ou autres pour les denrées provenant de leurs bénéfices et destinées à leur consommation.

Ils n'étaient pas soumis aux taxes levées sur les habitants des villes pour la subsistance des troupes, les fortifications, les ponts et chaussées, les fontaines et emprunts de communautés (3). Mais ils devaient contribuer

(1) Edit de mars 1575, lettres patentes du 25 août 1577, arrêt de conseil du 29 janv. 1661.

(2) Ordonnance de mai 1681, tit. 8, art. 33 ; tit. 9, art. 11.

(3) Lettres patentes des 19 nov. 1568, 26 nov. 1574 ; ord. de Blois ; édit de Melun.

aux deniers levés pour aumônes publiques en temps de calamités publiques, de famine et de peste (1).

Enfin, ils étaient francs de la taille personnelle pour leurs biens ecclésiastiques et leurs biens héréditaires, mais en ligne directe seulement (2). C'était là un privilége constant, fort ancien, qui se retrouve dans les titres les plus reculés, et que l'on rappelle volontiers dans les chartes de commune ou d'affranchissement des XIIIe, XIVe et XVe siècles, comme si, à cette époque, malgré l'usage, il était nécessaire d'avoir un titre pour justifier de cette exemption. En effet, dans quelques lieux, la coutume ou les ordonnances spéciales imposaient les clercs à la taille (3). Cette exemption était considérable, elle enlevait au fisc une part importante de ses ressources : aussi lorsque la monarchie eut créé ses intendants de province, qui étaient surtout chargés de veiller à la perception régulière des impositions, ceux-ci s'efforcèrent de restreindre ce privilège dans les limites les plus étroites. Ils n'accordèrent aux clercs de décharge que pour une seule des fermes de leurs bénéfices ; ils les soumirent à la

(1) Ordon. de nov. 1572 ; arrêt du conseil du 31 oct. 1635 ; arrêt de la cour des aides d'avril 1596.

(2) La taille était remplacée pour le clergé par le *don gratuit*, contribution à laquelle il s'imposait lui-même dans ses assemblées, et qui, au XVIIIe siècle, était réduite à 16 millions tous les cinq ans, c'est-à-dire à un peu plus de 3 millions par an, pour les 116 diocèses de France; ceux des pays conquis ou annexés depuis Louis XIV avaient un régime à part et leur clergé était traité à peu près comme la noblesse.

(3) Ainsi ceux de Châtillon-sur-Seine y sont soumis par une ordonnance de 1429. (Garnier, *Chartes de commune et d'affranchissement de Bourgogne*, t. I, p. 419.) Il est vrai d'ajouter que la coutume de cette petite ville, art. 37, déclarait qu'ils appartenaient à Mgr de Langres, qu'ils étaient *spécialement justiciables* de lui et responsables de toutes actions personnelles et réelles, et que, lorsqu'ils étaient condamnés à la prison perpétuelle, leurs meubles appartenaient à l'évêque et leurs immeubles étaient vendus, moitié au profit de ce prélat, moitié au profit du duc de Bourgogne. (Garnier, t. I, p. 361.) Mais en revanche, elle les déchargeait des autres servitudes comme celle des péages.

taille pour les biens qu'ils faisaient valoir, pour les dîmes qu'ils tenaient à ferme, et ne tolérèrent d'exemption qu'à l'égard des terres qu'ils cultivaient dans la même paroisse jusqu'à concurrence de quatre charrues. Ces restrictions, introduites d'abord au moins timidement dans la pratique, furent sanctionnées par l'édit de mars 1667, par les lettres patentes d'août 1664, et plusieurs autres arrêts ou déclarations dans le cours du XVIII[e] siècle. Il n'y avait d'exception tolérée qu'en faveur des curés qui prenaient à ferme les dîmes de leur paroisse.

A l'égard de leurs personnes, les ecclésiastiques jouissaient de l'exemption du logement des gens de guerre, de celle du ban et de l'arrière ban (1), de la capitation personnelle (2); du guet et de la garde (3), excepté dans les cas de nécessité ; de la contrainte par corps en matière civile, même pour les dépens auxquels ils étaient condamnés (4), sauf dans le cas où ils avaient contracté des obligations qui les avaient fait déroger à leurs priviléges, lorsqu'ils étaient simples clercs tonsurés, ou lorsqu'ils s'étaient rendus coupables de vol et de fraude, en déguisant leur qualité (5). D'après l'ordonnance de 1667, tit. XXIII, leurs créanciers ne pouvaient saisir ceux de leurs meubles qui étaient destinés au service divin ou à leur usage personnel, ni leurs livres, jusqu'à concurrence de 150 liv.

Ils étaient exempts des charges municipales, de la tutelle et de la curatelle, à moins qu'ils les eussent acceptées volontairement.

Enfin, le privilége personnel le plus important était le

(1) Déclaration du 23 sept. 1574 ; ord. de Blois ; édit de Melun ; arrêt du conseil du 9 sept. 1675.

(2) Déclaration du 12 mai 1701.

(3) Ordonnance de Blois, art. 55 et 56.

(4) Déclaration du 5 juillet 1576; ord. de Blois ; ord. de Moulins ; déclaration du 30 juillet 1711.

(5) Arrêt du 9 août 1507.

privilége de juridiction. Il remontait aux premiers âges du Christianisme. Les canons avaient défendu aux chrétiens de plaider devant les magistrats infidèles. Les empereurs ayant autorisé les prélats à juger comme arbitres du consentement des parties, les clercs et les moines reçurent en même temps la faveur de n'avoir que les évêques pour juges en matière civile et pour les crimes ecclésiastiques. Le 3e Concile de Latran défendit aux laïques, sous peine d'excommunication, d'obliger les ecclésiastiques à comparaître en jugement devant eux. Innocent III décida même que les clercs ne pourraient renoncer à ce privilége, ce qui fit dire à Fleury qu'au XIIIe siècle, les tribunaux ecclésiastiques se trouvèrent en possession de juger presque toutes les affaires (1), bien que la cause de cette compétence quasi universelle fût moins dans la défense d'abdiquer le privilége de clergie que dans l'attraction qu'exerçait sur les populations civiles la justice d'église, à raison de sa procédure plus perfectionnée.

En matière criminelle, le principe qui ne permettait pas au juge séculier de connaître d'un délit ou d'un crime commis par un clerc, était général et formel. Il se retrouve dans les *Etablissements de Saint-Louis* : le clerc est reconnaissable à sa tonsure et à son vêtement ; tout accusé qui porte ces insignes caractéristiques doit être rendu au juge d'église ; mais celui qui n'a ni la tonsure ni l'habit appartient aux tribunaux laïques (2). C'est pourquoi chacun se faisait tonsurer, à ce point que l'on vit des hommes ma-

(1) *Institut. au droit ecclésiast.*, part. 3, ch. I.

(2) « Se li clercs fet chose dont il doie estre pendus et deffès, et ne porte point de couronne, la justice laie en doit faire justice. Et se il a la couronne et l'habit de clerc ..., nulle cognoissance, ne nulle responce que il face ne li puet porter dommage, car il n'est mie ses juges ordinaires, et cognoissance faite devant celuy qui n'est mie ses juges ordinairas si ne vaut riens selon droit écrit en décrétales. » (Liv. I. ch. 84.)

riés, des cabaretiers, des bouchers, des bateleurs porter la tonsure. L'abus fut si criant que les conciles durènt intervenir. Au XIIIe siècle, on refusa l'habit et le signe ecclésiastiques aux saltimbanques, aux vagabonds. En 1311, à Vienne, on décida que les marchands ou les gens de profession servile ne pourraient les recevoir. L'ordonnance de Roussillon, rendue en 1563, alla plus loin et trancha dans le vif. Son art. 21 disposa que désormais le privilége de juridiction ne serait attribué qu'aux prêtres, diacres et sous diacres. Plus tard, l'édit de 1695, art. 38, qui confirma cette ordonnance, y ajouta les clercs vivant cléricalement, résidant et servant en des offices ou bénéfices ecclésiastiques. Mais à cette époque, le privilége de cléricature n'était plus invoqué qu'à l'état d'exception, et il n'y avait plus d'inconvénient à revenir, pour être équitable, sur une restriction que les abus d'un autre âge avaient provoquée (1).

Lorsque le juge lai et le juge d'église avaient été saisis en même temps ou lorsque le second avait réclamé son justiciable au premier, il n'était pas interdit au juge ordinaire de poursuivre l'information, sauf à se dessaisir quand la procédure était terminée. Beaumanoir soutient le contraire. Mais de nombreux textes établissent qu'il

(1) On se demandait alors si le privilége de juridiction couvrait le clerc qui pour se dissimuler aurait, dans l'accomplissement de son crime, pris un vêtement laïque. Masuer, au XVe siècle, décidait que le clerc, surpris en flagrant délit, pouvait être arrêté par les officiers de la justice ordinaire, mais que ceux-ci devaient ensuite le remettre entre les mains des juges ecclésiastiques. Cependant, d'après Beaumanoir, les officiers séculiers n'étaient pas tenus de conduire le coupable dans les prisons de l'évêque. Celui-ci devait le réclamer et payer les dépenses de son incarcération avant d'obtenir sa remise. (*Cout. du Beauvoisis, des Cours d'église*, § 40 et suiv.) Quant à l'habit porté au moment de l'arrestation, la jurisprudence qui parait s'être beaucoup préoccupée de ce détail dans tout le cours du moyen-âge n'y attachait plus qu'une médiocre importance au XVIIIe siècle, et le Parlement de Paris a rendu de nombreux arrêts qui reconnaissaient le privilège de juridiction à des clercs arrêtés en habit laïque, l'épée au côté.

en était ainsi, dès le xv° siècle, surtout en matière de délit privilégié ou de cas royaux. « Les officiers temporels, dit Papon, liv. I, tit. V, n° 35, peuvent librement se saisir des clercs et privilégiés, sans craindre l'excommunication ; mais aussi ils les doivent rendre, après qu'ils en sont requis, et ainsi fut jugé par arrest de Paris, en l'an 1385. » Il ajoute un peu plus loin : « La cour, quand elle renvoye ou rend un prestre accusé à son juge d'église, a accoustumé faire les dis renvois à la charge que les juges ecclésiastique et royal seront présens à l'instruction du procez et qu'il ne sera fait aucune chose en l'absence du royal. » C'était une façon plus ou moins détournée de s'assurer que l'information ne révélerait pas des cas privilégiés ou royaux, dont la connaissance appartenait à la justice séculière seule (1). Celle-ci n'était pas en effet irrévocablement dessaisie, par la constatation qu'elle avait faite de la qualité du clerc. Elle pouvait revenir sur sa déclaration d'incompétence en cas de découverte d'un délit spécial excluant le privilége de clergie.

On l'a vu plus haut, ce privilège n'était pas de ceux auxquels le clerc pouvait librement renoncer. Il n'avait pas été accordé à l'accusé lui-même, personnellement, mais au clergé en général, comme une faveur attribuée à son caractère spirituel et à sa prééminence dans la société civile. Il était donc un attribut du corps tout entier et non de l'individu, qui ne pouvait sacrifier les droits de l'ordre auquel il appartenait. La jurisprudence et la doctrine tout entière n'hésitaient pas à appliquer ce principe que Cujas seul a combattu. Les ordonnances elles-mêmes le reconnaissaient, puisqu'elles exigeaient que, dans les cas privilégiés, la procédure fût instruite conjointement par le juge ecclésiastique et par le juge royal, sans se préoccuper de savoir si l'accusé avait formé préalablement une

(1) Imbert, *Pratique civile et criminelle.* liv. 3, ch. 9.

demande à cet égard (1). Par suite, lorsque le clerc était contumace ou fugitif, la justice séculière n'était pas moins tenue d'appeler le juge d'église à prendre part à l'information. Le Châtelet de Paris avait bien, il est vrai, tenté de résister à cette jurisprudence, mais ses prétentions avaient été condamnées par le parlement qui ne cessa point d'appliquer la maxime d'après laquelle tout juge compétent pour connaître contradictoirement d'une procédure criminelle l'était aussi pour en connaître par défaut.

En résumé, d'après les ordonnances, la connaissance des délits communs commis par des clercs appartenait exclusivement aux tribunaux ecclésiastiques, et celles des délits commis par eux en matière privilégiée appartenait à la justice séculière seule. Mais, dans ce dernier cas, l'instruction devait être faite conjointement par le juge d'église et par le juge royal, qui avait, aux termes de l'édit de Melun, de 1580, art. 22, l'obligation de se transporter à cet effet au siège de la juridiction ecclésiastique.

Toutefois, ce dernier point donnait lieu à de fréquentes difficultés. D'une part, malgré l'insistance du clergé, dont les assemblées de 1605, de 1635, de 1665 et de 1675 adressèrent en vain des remontrances au roi à cet égard, jamais la monarchie ne consentit à définir et à préciser les cas privilégiés, pas plus qu'elle ne se détermina à déclarer ce qu'elle entendait par cas royaux ou par causes d'appel comme d'abus. Il subsista donc une grande incertitude dans la jurisprudence sur la question de savoir si un fait délictueux devait être considéré comme un cas privilégié ou comme un délit de droit commun. On entendait en général par cas privilégié le port d'armes, la chasse, l'assemblée illicite et les crimes réservés à la connaissance des juges royaux seuls (2). C'était, on en

(1) Ord. de février 1566, art. 39 ; déclaration du 10 juill. 1566 ; ord. de janv. 1572, art. 11 ; édit. de janv. 1580, art. 22 ; édit de févr. 1678; déclar. de juill. 1684 ; édit de 1695, art. 38.

(2) Imbert, *Pratique*, liv. 3, ch. 9.

conviendra, une formule bien vague et qui laissait place à bien des interprétations contradictoires. Mais chacun reconnaissait que le crime de lèse-majesté était essentiellement réservé à la connaissance de la justice séculière. L'*assurement* était ainsi un cas royal et par conséquent privilégié. D'autre part, l'édit de 1580 n'ayant pas été enregistré par plusieurs parlements, ou n'ayant été reçu par quelques autres qu'avec certaines modifications, les tribunaux séculiers retinrent souvent le jugement des ecclésiastiques accusés de délits privilégiés, surtout quand la peine n'entraînait pas la dégradation, sans appeler à l'information la justice d'église. Le clergé protesta donc de nouveau et ses réclamations finirent par être écoutées. L'édit de février 1678, la déclaration de juillet 1684 et surtout l'édit d'avril 1695, art. 38, eurent pour objet de rappeler la justice séculière à la stricte observation de l'édit de Melun et désormais, dans tous les cas privilégiés, les baillis, sénéchaux et leurs lieutenants durent appeler les juges ecclésiastiques à prendre part, conjointement avec eux, aux informations dirigées contre des prêtres, diacres, sous-diacres ou clercs vivant cléricalement (1).

En matière civile, le privilége de juridiction était plus limité. Il ne s'étendait qu'aux causes purement personnelles. Lorsque l'action était réelle, même entre deux clercs, entre deux églises, elle était portée devant les tribunaux laïques, au moins depuis le mandement rendu

(1) L'édit de Melun ne comprenait pas les évêques au nombre des personnes qui pouvaient être l'objet d'une poursuite criminelle. L'ancien droit estimait en effet que leur éminente dignité ne permettait pas de les soumettre à une juridiction autre que celle des conciles ou du souverain pontife, en matière criminelle du moins, et qu'ils devaient être régulièrement déposés avant d'être livrés à un tribunal répressif. Aussi, les juges séculiers ne pouvaient, en aucun cas, connaître d'une procédure criminelle dirigée contre un membre de l'ordre épiscopal, qui, d'après le concile de Trente, devait être déféré au Pape pour les causes majeures et au concile provincial pour les causes mineures.

par Charles V en juillet 1371. De plus, il ne pouvait être invoqué que par le clerc défendeur. Cette règle avait été posée pour la première fois par Philippe III en 1274. Elle fut expressément renouvelée par les art. 1 et 2 de l'ordonnance de 1539. *Actor sequitur forum rei.* D'un autre côté, il était universellement admis en France que le laïque ne devait pas être traduit devant un tribunal ecclésiastique pour un intérêt exclusivement temporel. Le clergé avait, il est vrai, obtenu en 1551 de Henri II des lettres patentes qui révoquaient les deux premiers art. de l'ord. de 1539. Mais ces lettres ne furent enregistrées par aucun parlement et ne reçurent aucune exécution. Si le clerc défendeur dans une affaire civile pouvait seul se prévaloir du privilége de clergie, cela ne signifiait pas que le juge ecclésiastique n'avait pas le droit de revendiquer, d'office, la connaissance de la cause. Mais, en fait, il usait rarement de cette faculté, lorsque la partie n'avait pas demandé son renvoi à l'officialité.

Quand une affaire civile était soulevée entre clercs et laïques, il y avait donc lieu de distinguer : si le laïque intentait contre le clerc une action purement personnelle, le tribunal compétent était celui du défendeur, c'est-à-dire le tribunal d'église ;si, au contraire, le clerc agissait contre le laïque, le tribunal séculier seul pouvait connaître de l'affaire.

Mais, dans le cas même où le clerc était défendeur, il lui était interdit de se prévaloir de son privilége de juridiction :

1° Lorsqu'il était poursuivi comme représentant, ayant cause ou caution d'un laïque. On n'avait alors égard qu'à la qualité de la personne originairement obligée.

2° Lorsqu'il s'agissait d'une cause purement personnelle qui emportait dérogation au privilége de cléricature. Ainsi un prêtre qui avait fait des actes de commerce ne pouvait être, à raison de ces actes, cité devant l'officialité,

mais devant les consuls. Celui qui avait accepté une tutelle ne pouvait être assigné en reddition de compte que devant le juge séculier, comme celui qui devait un compte de fermage. Un clerc exerçant la chirurgie ne pouvait être déféré au tribunal ecclésiastique pour les actes qui concernaient sa profession laïque.

3° Lorsque le clerc était assigné pour l'exécution d'une promesse ou d'une obligation contractée sous un scel royal (1), sceau qui avait pour effet d'attribuer au juge royal la connaissance de tous les litiges portant sur les obligations qui en étaient revêtues.

4° En matière d'obligations personnelles, lorsque l'obligation avait pour objet la délivrance d'un immeuble, car il s'agissait alors d'une question réelle.

5° Dans la même matière, lorsque l'obligation était commune à un clerc et à un laïque. Ce dernier entraînait alors son co-obligé devant le tribunal ordinaire (2).

6° Lorsque l'obligation avait pour objet les arrérages d'un cens, et réservait expressément l'hypothèque qui en résultait.

7° Lorsqu'elle avait pour cause une dette contractée envers le fisc. Le roi ne pouvait plaider devant une autre cour que la sienne.

8° Lorsque la coutume locale défendait au clerc d'invoquer, en certains cas le privilége de cléricature (3).

La jurisprudence reconnaissait de plus à la justice

(1) Chopin, *de dom. gallic.* lib 3, titre 6 et 7 ; Févret, *Traité de l'abus*, liv. 4, ch. 6, n°s 10 et 11.

(2) Arrêt du parl. de Rouen, du 17 fév. 1611.

(3) Il en était ainsi en Normandie, où l'on pouvait user de la clameur de haro, en toutes matières provisoires, soit civiles, soit criminelles, mobilières ou immobilières, et même en matière bénéficiale. En ouvrant cette procédure à toute personne, la coutume interdisait implicitement aux clercs d'user d'une autre, et le juge d'église ne pouvait connaître de la clameur de haro, encore bien qu'elle eût été interjetée par un ecclésiastique contre un autre clerc. (Arrêt de l'échiquier de Normandie, de Pâques 1388).

séculière le droit de connaître des demandes formées contre les membres du clergé pour paiement de salaires d'ouvriers ou de gages de domestiques. Elle ne déniait pas en ces cas la compétence des juges d'église, mais elle admettait que le juge séculier qui était saisi le premier de ces demandes pouvait en connaître, afin de ne pas retarder, par un dessaisissement, la solution de ces affaires urgentes.

Enfin, elle interdisait aux clercs de se pourvoir devant d'autres tribunaux que les cours séculières, lorsqu'ils sollicitaient des lettres de restitution contre des contrats passés par eux et lorsqu'ils les faisaient entériner.

Outre le privilége de cléricature qui autorisait les ecclésiastiques défendeurs à décliner en matière personnelle la compétence des tribunaux de droit commun et à revendiquer la juridiction des officialités, les prêtres, diacres, sous-diacres et les religieux profès jouissaient, en tout état de cause, de la faculté de demander à être jugés par la grand'chambre du parlement, entièrement assemblée, lorsque cette haute juridiction était saisie de la procédure (1).

Jusqu'à ce moment, en parlant de la justice ecclésiastique, je n'ai fait allusion qu'aux officialités. Ces tribunaux, institués dans chaque diocèse, connaissaient des causes intéressant les clercs séculiers; mais ils n'étaient pas toujours compétents pour connaître de celles qui concernaient le clergé régulier, c'est-à-dire les moines. Les abbés avaient juridiction sur leurs religieux et à leur égard exerçaient un droit de justice en première instance, car l'abbaye était en principe soumise à la juridiction épiscopale. Mais, dès les premiers temps de la monarchie franque, des évêques concédèrent à certains monastères des dispenses de cette juridiction, et ces concessions,

(1) Ordonnance de 1670, tit I, art. 21.

d'abord confirmées par les rois à titre exceptionnel, devinrent peu à peu si générales qu'elles eurent pour effet de soustraire la plupart des abbayes au droit de surveillance et de justice épiscopal. De leur côté, les princes et les grands vassaux accordèrent aux établissements religieux qu'ils fondaient ou qu'ils protégeaient des immunités non moins considérables (1). Ainsi l'Université de Paris rendait seule la justice à ses clercs; elle seule pouvait statuer sur les poursuites dont leurs attentats les rendaient passibles et l'on sait avec quelle opiniâtre insistance elle demandait la punition des officiers du roi qui se permettaient de violer ses franchises (2). Le Souverain Pontife, de son côté, accorda des priviléges de même nature à un grand nombre de monastères qu'il autorisa à ne reconnaitre d'autre juridiction que la sienne propre. Ces exemptions, multipliées à l'excès, surtout pendant le schisme d'Avignon, n'eurent donc pas seulement pour effet de placer les abbayes auxquelles elles étaient octroyées hors de la surveillance épiscopale, mais encore de créer une foule de tribunaux ecclésiastiques pour le jugement des affaires contentieuses, tribunaux dont les sentences étaient sanctionnées par la peine de l'excommunication. Au fond, les droits de justice

(1) Pour n'en donner qu'un exemple, les chanoines de la Sainte Chapelle de Dijon exerçaient une juridiction exclusive sur tous les clercs qui en dépendaient, sur tous les serviteurs du chapitre, et pouvaient seuls connaître de tous les crimes ou délits commis dans l'intérieur de leurs murs. Aucune autorité, à plus forte raison aucun particulier n'avait licence de franchir leurs portes pour arrêter les délinquants qui avaient cherché un refuge dans l'enceinte consacrée. C'était un lieu d'asile que le chapitre savait énergiquement faire respecter.

(2) En 1407, Guillaume de Tignonville, prévôt de Paris, qui avait, au mépris de leurs priviléges, fait pendre deux clercs de l'Université, fut contraint de faire descendre du gibet leurs cadavres, de les déposer sur une charrette couverte d'un drap noir et ainsi, dit Monstrelet, accompagné de ses sergents et autres gens portant torches de cire allumés, furent menez à Saint-Maturin, et là, par le prévost rendus au recteur de l'Université, qui les fist enterrer honorablement au cloistre de la dite église. » (Liv. I, ch. XIII).

ainsi conférés aux abbés sur les religieux et clercs de leurs abbayes n'étaient pas autres que ceux qui appartenaient aux grands vassaux sur les hommes de leurs terres et de leurs fiefs. Ils dérivaient, comme eux, du principe d'autorité, du droit de surveillance et avaient la même source, bien que les moines ne fussent pas, à proprement parler, les hommes de leur abbé. Le vœu religieux d'obéissance impliquant d'ailleurs une soumission absolue, non seulement en matière de pure discipline, mais, à plus forte raison, en matière d'infractions graves aux lois d'ordre public, il était facile d'en conclure le droit général de juridiction de l'abbé sur les compagnons de sa vie monastique. L'exemption de la juridiction de l'ordinaire pouvait donc se défendre par des raisons assez spécieuses. Toutefois, au point de vue canonique, elle engendra de tels abus, de si violents conflits et une telle anarchie dans le gouvernement spirituel des monastères que les évêques et les parlements durent réagir contre cette cause de désordre à partir du XVII[e] siècle (1).

(1) Il ne faudrait pas confondre le privilége de juridiction ou de *clergie* qui vient d'être examiné avec celui qui porte le même nom dans un grand nombre de chartes de franchises, mais qui n'était qu'une conséquence de l'affranchissement. Le droit canonique et le droit civil s'accordaient à déclarer que le serf ou le mainmortable ne pouvait être élevé à la prêtrise sans le consentement de son seigneur, *quia vilissima servorum capita a sacrorum rerum tractatione aliena esse debere judicabant, vel quia negotium ecclesiæ facessere solebant domini servos tanquam fugitivos retrahantes*, disaient les canons. (V. aussi Gratien, distinct. 54. tit. *de servis non ordinandis*) Or, en affranchissant ses serfs, le seigneur ajoutait souvent : « *Et leurs enfants auront privilége de clergie.* » Cette phrase ne signifiait pas que les fils des affranchis pourraient invoquer le privilége de juridiction qui était accordé aux clercs, ce qui eût été une violation évidente des règles de compétence et de juridiction ; elle indiquait seulement que les affranchis et leur postérité pourraient se faire clercs, prendre la tonsure ou recevoir les ordres ecclésiastiques sans l'assentiment de leur seigneur, parce qu'ils étaient désormais libres et déliés de la servitude de mainmorte.

CHAPITRE II

NOBLES

Dans notre ancien droit, la noblesse, considérée comme corps politique, formait le second ordre du royaume et comprenait tous les gens réputés nobles. Considérée comme qualité distinctive des personnes, c'était un titre honorifique qui conférait à ceux qui en étaient revêtus certains priviléges et certaines exemptions.

Être noble, c'était, dans l'acception générale et originaire du mot, être connu, *notus*. Cicéron disait déjà il y a dix-huit siècles : *nihil est aliud quam cognita virtus*, et Tiraqueau répétait plus tard : *nobiles à noscendo dicuntur*.

On distinguait deux espèces de noblesse : la noblesse de race ou d'extraction et la noblesse de concession.

§ I *Noblesse de race*

La noblesse de race était celle, disait Loyseau, dont on ne pouvait indiquer le commencement. L'anobli acquérait la noblesse, mais non la race. Il obtenait des priviléges honorifiques et réels, mais non la qualité de noble d'extraction.

Peu de questions ont été autrefois plus controversées que celle de l'origine historique de la noblesse française. Au dernier siècle, deux systèmes principaux ont été proposés.

D'après le premier, qui a pour auteurs le comte de Boulainvillers et Montesquieu, la noblesse a une origine aussi ancienne que la réunion des hommes en société. Bien avant le passage du Rhin par les tribus germaines et leur établissement dans la Gaule, il existait dans ces

tribus, et particulièrement chez les Francs, des familles illustres, des familles nobles qui commandaient héréditairement aux autres. Ces familles ont été la tige des nobles du moyen-âge. Elles se sont, par leur descendance, perpétuées jusqu'à nous.

D'après le second, au contraire, qui a été développé par l'abbé Dubos et l'abbé de Mably, l'inégalité des conditions existait déjà sans doute chez les Francs. De même qu'il y avait chez eux des hommes libres, des affranchis et des esclaves, de même ils reconnaissaient plusieurs degrés dans la liberté. Les rangs étaient fort inégaux et les distinctions sociales très profondes. Les chefs s'élevaient fort au-dessus des simples guerriers, quoiqu'ils fussent libres les uns et les autres. Ils constituaient une aristocratie distincte, dont les limites, comme les priviléges et les attributs, étaient très arrêtées. Mais une chose essentielle manquait à cette aristocratie pour qu'elle méritât le nom de noblesse; cette chose, c'était l'hérédité. La dignité des pères ne passait pas aux fils. La classe supérieure ne forma jamais une caste et ne se recruta jamais dans sa propre descendance. Ce fut la consolidation des bénéfices et la perpétuité des fiefs qui firent naître un nouvel ordre de citoyens, et suggérèrent l'idée d'attacher certaines prérogatives au hasard de la naissance.

Ainsi d'une part, la noblesse féodale est l'héritière directe et légitime des nobles germains. Tous les Francs, hommes libres, n'étaient pas nobles, mais eux seuls ont pu engendrer des nobles, et c'est uniquement dans leurs rangs qu'il faut chercher la souche des familles ayant autrefois joui en France des priviléges de la noblesse de race, sans anoblissement. Les nobles sont les descendants des conquérants et des vainqueurs; les roturiers, bourgeois ou serfs, sont les fils des vaincus, Gaulois ou Romains.

D'autre part, au contraire, les questions d'origine et de

race sont tout à fait indifférentes en ce qui concerne la noblesse; que leurs veines aient contenu du sang germain ou du sang gaulois, les hommes libres, et, parmi les hommes libres, les compagnons des rois Mérovingiens, les officiers des Carlovingiens, les chefs de l'armée et les principaux serviteurs de la cour de nos rois des deux premières races, ont été également admis à posséder des bénéfices et, plus tard, à transmettre ces bénéfices à leurs enfants. Ce fut cette transmission seule qui créa la noblesse. Elle ne fut pas le privilége d'une race, mais celui de la possession, l'attribut distinctif et inséparable d'une certaine propriété.

Ces deux systèmes ne paraissent ni l'un ni l'autre rigoureusement exacts.

Celui de Boulainvilliers et de Montesquieu repose sur une première erreur; cette erreur, c'est l'inégalité de race. Pour admettre que les Francs aient pu seuls donner naissance à la noblesse, il faut nécessairement admettre qu'ils aient été regardés comme supérieurs aux Gallo-Romains. Or, ni la législation, ni les écrivains contemporains ne trahissent cette supériorité. Nous pouvons partout mesurer les rangs qui séparaient alors les hommes; nulle part, le Gallo-Romain ne nous apparait comme inférieur au Franc, pas même dans la loi salique qui, tarifant la vie humaine, fixe le *wehrgeld* du premier à la moitié de celui du second. Il ne faut pas en effet confondre une race avec une classe, une nationalité avec une condition sociale. Ici le Franc, c'est l'homme libre, l'ingénu qui n'appartient à personne; le Romain, ce n'est pas l'indigène, c'est l'affranchi à la mode romaine, le *libertus*. L'antagonisme des deux termes ne révèle pas deux nations en présence, mais deux degrés ou plutôt deux modes divers d'accession à la liberté. Si le mot *Francus* a d'ailleurs le sens d'homme libre, ce n'est pas à dire que le Gallo-Romain ait été réduit en servitude. Le vain-

queur et le vaincu étaient libres, ils l'étaient si bien qu'ils avaient mêlé leur sang et que les qualifications nationales avaient perdu leur valeur ethnique. Il existait sans doute des différences de rangs et de conditions sociales, mais qui ne résultaient pas de l'origine. Les deux peuples avaient entièrement fusionné.

Mais ces distinctions étaient-elles du moins transmissibles par la naissance ? Pour le soutenir, l'auteur de l'Esprit des lois invoque encore un passage de la loi salique qui attribue à l'antrustion, fidèle ou compagnon du roi, une valeur pécuniaire trois fois plus forte qu'au simple Franc, et six fois plus élevée qu'au Romain. La composition variait selon le rang : cela ne fait aucun doute, seulement ce rang était-il héréditaire ? Oui, d'après Montesquieu : « Les antrustions n'étaient pas tels, dit-il, parce qu'ils avaient un fief, mais on leur donnait un fief parce qu'ils étaient antrustions... Les fiefs se donnaient donc à la naissance. » Par conséquent la qualité de fidèle du roi se transmettait de père en fils. C'est tout le contraire qu'il fallait dire. Cette qualité était personnelle. Le prince la conférait à qui bon lui semblait, même à des affranchis, sous la seule condition d'un serment préalable de fidélité. Elle n'était pas même viagère. Le duc et le comte, simples fonctionnaires, étaient révocables *ad nutum*, et le roi qui les choisissait dans toutes les classes de la société, pouvait les replonger dans le néant dont son caprice les avait un instant fait sortir. Les antrustions possédaient donc une dignité spéciale, mais ils ne formaient pas un ordre particulier dans la société. Leur personne pouvait être noble, mais ils ne constituaient nullement un corps de noblesse. C'étaient les *Mandarins* de l'empire franc, avec cette différence qu'ils n'anoblissaient ni leur ascendance, comme en Chine, ni leur postérité, comme les gentilshommes de l'ancien régime.

A côté de ces nobles d'une condition si précaire et si

exclusive du véritable caractère de la noblesse, il existait toutefois dans la société franque une certaine aristocratie de naissance, qu'il n'est pas permis de négliger. Grégoire de Tours n'omet jamais de faire la généalogie des personnages qu'il met en scène, et d'indiquer s'ils sont d'antique extraction, nobles de père ou de mère seulement. Il distingue, comme tous les écrivains de son temps, les hommes qui doivent leur illustration à leur seul mérite individuel ou aux dignités dont ils sont revêtus, et ceux qui la tirent d'une ancienne origine. Les *proceres*, les *optimates*, qui ont trouvé leur noblesse dans leur berceau, ne sont pas seulement des Francs ou des Germains : un grand nombre d'entre eux ont du sang romain dans les veines : les familles sénatoriales du midi occupent une grande place dans l'histoire des premiers siècles de notre monarchie. Les Carlovingiens se vantaient même de descendre d'une souche romaine qui « surpassait en noblesse toute la France et même la Gaule entière », et qui donna un évêque à la ville de Metz, avant d'engendrer Pépin d'Héristal. Si cette aristocratie gallo-romaine, fière de ses ancêtres, de ses riches domaines, de son influence, de sa considération, vivait côte-à-côte, en égale, avec les nobles Francs, c'est qu'évidemment elle n'était pas réduite, par la législation, à une condition inférieure ; c'est qu'on ne tenait nul compte de la différence du sang. Ses descendants furent admis, comme ceux des leudes, à partager les bénéfices et tous se confondirent dans une caste unique, à laquelle on donna une désignation uniforme. Il n'y eut plus ni sénateurs, ni antrustions, mais des bénéficiers et des possesseurs de fiefs. Le sang fit sans doute le noble, mais ce fut le sol qui le maintint et qui le perpétua.

La noblesse féodale n'est donc pas exclusivement issue de l'invasion germanique. Elle ne s'est pas uniquement recrutée parmi les fils des guerriers et des conquérants.

En soutenant qu'elle est sortie de l'hérédité des bénéfices, Dubos et Mably se sont plus rapprochés de la vérité historique. Ils ont eu le mérite de renverser les théories émises par Pasquier et Loyseau sur la suprématie sociale des Francs à l'égard des anciens Gaulois. Ils ont sagement reconnu que la richesse foncière a été, sinon la condition unique, du moins la condition première de l'aristocratie aux VIIe, VIIIe et IXe siècles, et que, si l'homme ne devenait pas noble par cela seul qu'il était riche, il le devenait certainement parce que la fortune territoriale était ancienne dans sa famille. Mais ils se sont trompés à leur tour en affirmant qu'il n'existait, d'après la loi salique, qu'un seul ordre de citoyens parmi les Francs, tandis qu'il y en avait trois chez les Romains. La race germanique n'avait nulle antipathie pour les distinctions sociales. L'inégalité des classes est au contraire profondément marquée dans les institutions qu'elle apporta en Gaule, et c'était le plus souvent la naissance qui déterminait la valeur pécuniaire de chaque individu. Seulement on consultait cette naissance pour établir la condition, non la race. Elle ne suffit pas pour provoquer la concession des bénéfices, mais elle y aida. Et lorsque ces bénéfices furent devenus héréditaires, elle fut indispensable pour en assurer la possession. Elle ne conféra pas la noblesse, elle servit à la prouver. Dans une circonstance unique, on ne la jugea point nécessaire. Ce fut après la bataille de Fontenay, livrée entre les fils de Louis-le-Débonnaire et dans laquelle périt l'élite de l'aristocratie française. Pour la remplacer, le traité de Mersen, de 847, autorisa les possesseurs de terres allodiales d'origine franque, gauloise ou romaine, à changer leurs alleux en bénéfices et à se choisir un seigneur. Tous ceux qui voulurent alors être nobles le furent. Mais la naissance même ne leur fut pas tout à fait inutile, car pour beaucoup d'entre eux elle put seule justifier de la légitimité de leur possession.

Gardons-nous, au surplus, d'assimiler la noblesse mérovingienne ou carlovingienne à celle du temps de Louis VI, moins encore à celle qui se précipita aux croisades. Un leude de Clotaire ou de Charles-le-Chauve était aussi loin d'un baron de St-Louis que celui-ci l'était lui-même d'un gentilhomme de la cour de Louis XIV. Sa condition n'était pas nettement définie; ses priviléges n'étaient qu'à demi-fixés par les lois, il jouissait à peine d'un état légal. A partir du XI[e] siècle au contraire, la noblesse sort de l'enfance et atteint l'âge de maturité ; elle devient une institution sociale; ses prérogatives, ses attributs sont soigneusement déterminés. Elle détient la puissance effective et, comme tous les pouvoirs nouveaux, se fait une législation à son usage. Plus tard, lorsque ses mains laisseront échapper cette puissance, elle se rattachera obstinément à ses titres, à ses priviléges, mais alors le sang se décolorera dans ses veines, la vie se tarira en elle; elle sera encore une noblesse, elle cessera d'être une artistocratie.

On l'a vu plus haut, la noblesse d'extraction était celle dont l'origine se perdait dans la nuit des temps. Pour l'établir, il fallait donc démontrer non seulement qu'on était en possession de la qualité de noble, mais encore que cette qualité avait toujours appartenu aux ancêtres en ligne directe.

Lorsque la noblesse était immémoriale, les actes de possession suffisaient à en prouver l'existence. On ne pouvait en effet être astreint à produire un titre de concession, puisque la qualité de noble de race supposait précisément qu'elle n'avait jamais été concédée. Suivant le règlement des tailles de 1500, la possession du père et de l'aïeul était regardée comme suffisante. D'après les lettres patentes de Henri III, du 5 mai 1583, on était réputé noble d'extraction, quand le bisaïeul possédait déjà cette qualité. D'autres lettres-patentes, du 12 septembre 1643,

conféraient le titre de gentilhomme de nom et d'armes à celui qui justifiait de quatre générations paternelles nobles. En 1664, une nouvelle déclaration exigea que l'on rapportât la preuve de la possession de la noblesse depuis 1550. Toute personne dont les ascendants paternels avaient joui, sans interruption ni dérogeance, de la qualité de noble à partir de cette époque, avait le droit de se dire noble de race. Cependant, l'on admit généralement que cette qualité appartenait à celui qui prouvait une possession publique de cent ans par titres ou par témoins. De telle façon que dans les deux derniers siècles, la noblesse d'extraction n'était pas contestée à celui dont les aïeux directs avaient, pendant cent ans, ou, en Normandie, pendant quatre générations, bien qu'un siècle ne se fût pas écoulé, pris la qualité de chevalier, d'écuyer, même de simple noble, comme il était d'usage de qualifier les gentilshommes en Normandie et dans les pays de droit écrit. Cette noblesse patrimoniale devait toutefois être héréditaire : si elle avait été seulement personnelle, comme celle que l'usage attribuait dans le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais et quelques autres provinces, aux avocats, aux médecins, aux officiers de justice inférieure, elle ne pouvait servir à démontrer la possession.

Outre cette possession, il fallait établir sa filiation. La noblesse se transmettait par la naissance : on ne jouissait de ses priviléges que lorsqu'on descendait en ligne directe d'une personne qui les avait elle-même communiqués à sa postérité.

Qu'il s'agit de la noblesse de race ou de celle de concession, la transmission de cette dignité ne s'opérait que par les mâles et en légitime mariage.

1° *Par les mâles.* — C'était la condition du père qui déterminait celle des enfants. Les filles jouissaient, il est vrai, de la noblesse de leur père, mais elles ne pouvaient la transmettre à leurs enfants. Elles la perdaient même

en épousant un roturier, ou tout au moins, dans le dernier état de l'ancien droit, leur noblesse était alors en suspens pendant l'union conjugale, et elles ne reprenaient la condition de leur père, au décès de leur époux, qu'en déclarant qu'elles entendaient désormais vivre noblement. La femme roturière qui épousait un gentilhomme, jouissait de tous les priviléges de la noblesse durant le mariage, et même après sa dissolution, tant qu'elle ne convolait pas à de nouvelles noces. « Femme non noble, dit le *Grand coutumier de France*, liv. 2, titr. 16, pourvu qu'elle soit franche de corps, est faite noble par son mary noble, et les enfans qui d'eux sont procréés : mais si la femme est serve, elle ne sera mie réputée noble. » Ainsi, il y avait une exception à cette règle, lorsqu'un noble épousait une femme engagée dans les liens de la servitude ; il ne l'anoblissait pas, parce qu'il ne pouvait l'affranchir sans le consentement de son seigneur, et qu'elle demeurait sous la puissance de celui-ci (1). Pour anoblir sa femme serve, le noble devait réparer le préjudice causé au suzerain du fief, en lui rendant une autre serve ou en lui payant une indemnité convenable. D'après quelques coutumes même, comme celle de Vitry, art. 68, la femme serve qui avait épousé un noble jouissait pendant son veuvage de tous les priviléges de la noblesse, et ne devait payer aucune redevance de servitude. Mais si elle se remariait à un homme de poeste, elle retombait dans sa condition primitive (2).

La règle que la noblesse n'était transmissible que par les mâles et que le père seul pouvait la communiquer à

(1) Toutefois, d'après Beaumanoir, le seigneur qui épousait sa propre serve l'affranchissait et l'anoblissait par conséquent. (*Cout. du Beauvoisis*, ch. 45).

(2) V. également *Cout.* de Meaux, art. 70 ; du duché de Bourgogne, ch. 9, art. 5; les lois de Thibaut, comte de Champagne, art. 53.

ses enfants n'était pourtant pas universellement admise au moyen-âge. L'usage de quelques provinces y dérogeait, surtout dans la période du droit coutumier primaire. La Champagne, le Barrois, la Brie, l'Artois, les villes de Sens, de Chaumont, de Meaux, de Vitry, de Châlons, de St-Mihiel admettaient la noblesse maternelle, à laquelle des historiens, comme Monstrelet, et des jurisconsultes, comme Beaumanoir, font d'ailleurs allusion. L'ancienne coutume de Champagne et de Brie disait : « Ceux-là sont tenus nobles qui sont issus de père *ou* mère noble; il suffit que le père *ou* la mère soit noble, quand il se rencontre que l'un des deux est non noble et de serve condition ; et l'un ou l'autre étant noble donne la noblesse aux enfants. » L'art. 20 des *droits et coutumes que li roi Thiébault établit* en 1224 est ainsi conçu : « c'est la coutume de la Champagne que les enfants nobles demeurés de père et de mère soient nobles de père ou de mère ; s'il y a hoir aîné, il doit avoir l'avouerie des enfans sous-âgés. »

Quelques auteurs fixaient l'origine de ce privilége à la bataille de Fontenay livrée en 841 par Lothaire à Charles le Chauve, et où la Champagne perdit un si grand nombre de ses enfants, qu'on crut nécessaire de refaire une seconde noblesse, pour combler les vides de la première (1). D'autres l'attribuaient à une grande défaite des nobles Champenois près la ville de Bray-le-Comte (2). Quelques-uns enfin pensaient que le ventre avait commencé d'anoblir en Champagne à la suite de la bataille de Mansourah, où St-Louis fut pris par les Sarrasins. Ces explications paraissent aussi peu fondées les unes que les autres. Grégoire de Tours nous apprend qu'il existait déjà une noblesse maternelle sous les rois de la première race.

(1) V. Loyseau, *Traité des ordres ;* Gousset, sur l'art. 1 de la Cout. de Châlons.

(2) Pithou et Legrand sur les art. 1 et 151 de la Cout. de Troyes.

Beaumanoir distingue de son côté deux sortes de noblesse, l'une dite de *parage*, provenant du père, et nécessaire pour obtenir la chevalerie; l'autre *de par la mère*, suffisante pour posséder des fiefs (1). Une ordonnance de Charles V, adressée le 15 nov. 1370 au sénéchal de Beaucaire, démontre également qu'avant elle les enfants d'une mère noble et d'un père roturier pouvaient posséder des fiefs sans payer le droit de franc-fief.

Quoiqu'il en soit, un grand nombre de décisions avaient confirmé cette noblesse maternelle. Lorsqu'on procéda à la rédaction des coutumes, le tiers état de Champagne, de Brie, du Barrois, de Sens et de Meaux réclama énergiquement le maintien d'un privilége qui favorisait les prétentions à la noblesse d'un grand nombre de ses membres, et, de fait, ce droit fut inscrit en toutes lettres dans les coutumes de Troyes, art. 1, de Chaumont, art. 2, de Châlons, art. 11, de Vitry, art. 69, de Meaux, art. 4, de St-Mihiel, art. 2 et 3, de Sens, art. 60, de Bar-le-Duc, art. 71. Lors de la réformation de ces coutumes, la noblesse et les gens du roi, qui défendaient à cet égard les intérêts du fisc, insistèrent pour faire supprimer les articles relatifs à cette faveur, selon eux « absurde »; mais le clergé s'unit au tiers pour la défendre et les dispositions qui la consacraient demeurèrent dans le texte réformé. Ce ne fut néanmoins qu'un triomphe passager. La jurisprudence s'insurgea contre la lettre des coutumes et la cour des aides déclara en 1566 que la noblesse maternelle n'exempterait plus désormais des tailles ou des autres redevances payées au roi, et qu'on pourrait seulement s'en prévaloir en matière de partage de succession. Etablie par la cou-

(1) « Quand la mère est gentilfame et le père ne l'est pas, li enfant si ne pueent estre chevaliers. Et ne pourquant li enfant ne perdent pas l'état de gentillesse, dou tout, ainchois sont démené comme gentilhomme, dou fet de leur corps, et pueent bien tenir fief, lesquelles choses villain ne puent pas tenir. » (Ch. 45.)

tume, les tribunaux ne lui reconnurent que des effets coutumiers. Ce ne fut plus, à proprement parler, une noblesse, bien que lors de la recherche des faux nobles, ordonnée par la déclaration du 8 février 1661, les commissions chargées de cette recherche aient reçu l'invitation de s'abstenir de poursuivre les Champenois qui prétendaient avoir été anoblis par leurs mères, afin de ne point soulever une province où ces prétentions étaient encore très vives et très nombreuses.

2° *En légitime mariage.*— Les enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent pouvaient seuls recueillir la noblesse de leur père. Les enfans naturels ne le pouvaient pas depuis le règlement de l'an 1600. Cependant cette prohibition ne s'appliquait pas à tous les bâtards. Ceux des rois étaient princes, et ceux des princes étaient gentilshommes, à la condition d'être reconnus. D'ailleurs la noblesse de leur mère ne leur profitait en aucun cas. Il leur était interdit d'invoquer à cet égard le principe que les enfants nés hors mariage suivent la condition de leur mère. Le bâtard d'un gentilhomme qui recevait du prince des lettres de légitimation, n'acquérait pas même par là la qualité de noble, si les lettres ne renfermaient une clause spéciale d'anoblissement. La légitimation par le souverain n'avait en effet d'autre résultat que de purger le vice de la naissance. Elle ne conférait pas *ipso facto* les droits de famille dont faisait partie la noblesse.

§ II. *Noblesse de concession*

La noblesse de concession était celle qui était accordée par le souverain. Elle pouvait être conférée, soit par une concession générale, lorsque, par exemple, le prince déclarait nobles tous les habitants d'une ville ou tous les descendants d'une personne revêtue d'une certaine dignité ou de certains offices, soit par une concession particulière,

lorsqu'il donnait à un citoyen des lettres de noblesse. Il fallait donc distinguer l'anoblissement par les charges et l'anoblissement par les lettres du roi.

1° *Noblesse de charges, d'état ou d'office.* — Le roi seul pouvait anoblir, parce qu'il n'appartenait qu'au souverain d'accorder des privilèges, des exemptions et de changer l'état de ses sujets. Le *Grand Coutumier de France*, liv. 1, ch. 8, et la *Somme rurale* de Boutillier, liv. 2, tit. 1, rappelaient cette règle fort ancienne, qui fut affirmée de nouveau par une ordonnance de mars 1498, art. 70. Plusieurs hauts vassaux s'étaient arrogé le droit de faire des nobles, en se fondant sur celui qui leur était reconnu de conférer l'ordre de la chevalerie. Ainsi le comte de Flandre avait émis la prétention de créer chevaliers de simples vilains. Un arrêt de la cour du roi condamna cette prétention en 1288, conformément à l'usage suivi dans d'autres royaumes, notamment en Aragon, depuis une ordonnance du roi Jacques, de 1247, et décida que l'anoblissement était une prérogative exclusivement royale. Toutefois, si général qu'il fût, ce principe comportait quelques exceptions justifiées par les coutumes locales. A Beaucaire, par exemple, les prêtres, barons et nobles pouvaient donner la chevalerie à un simple bourgeois, sans l'agrément du roi (1).

Hors ces dérogations spéciales et fort rares, le roi seul pouvait nommer à des offices ou à des charges emportant anoblissement. Parmi ces offices, les uns conféraient la noblesse immédiate, héréditaire, celle que l'on appelait du *premier degré*; ils l'attribuaient non seulement à l'officier lui-même, mais à sa descendance légitime. Les autres, au contraire, ne lui communiquaient que la noblesse personnelle : elle n'était transmissible à sa postérité qu'après un certain temps d'exercice de la charge et après deux générations. Le père et l'aïeul devaient avoir

(1) Bartole, *ad leg. 1. Cod. de dignit.*

été pourvus de la même charge pour que le fils fût noble. C'est ce qu'on nommait la noblesse *graduelle* ou *du second degré.*

Dans la première classe on rangeait les grands offices de la couronne, ceux de chancelier de France, de garde des sceaux, de secrétaires et conseillers d'État, de présidents de cours souveraines, les grandes charges de la maison du roi, celles de gouverneurs, commandants et lieutenants du roi dans les provinces, etc. Par une singularité qu'explique l'attrait que les distinctions honorifiques ont toujours exercé sur l'amour propre en France, la plus humble de ces charges, et par conséquent la plus facile à aborder était aussi celle qui créait les titres les plus incontestés au privilége nobiliaire. Les *clercs du secret* de Philippe-le-Bel, devenus les *secrétaires du roi* sous Philippe-le-Long, les modestes expéditionnaires et notaires de la cour, qui étaient chargés d'expédier les lettres closes et les lettres patentes de S. M., de prendre des notes sous sa dictée, d'écrire et de collationner des dépêches, avaient reçu, dès le règne de St-Louis, les honneurs et les prérogatives accordés aux nobles de race. Confirmés dans cette jouissance par Louis XI, en novembre 1442, ils avaient été déclarés en février 1484 par Charles VIII égaux en noblesse aux barons et habiles à recevoir l'ordre de chevalerie. Henri III les avait à son tour maintenus dans leur qualité, et, en réduisant leur nombre à 240 au mois d'avril 1672, Louis XIV avait expressément réservé tous les droits de ces officiers répartis entre les divers parlements et cours souveraines sous le nom de *secrétaires du roi, maison et couronne de France.* Moins la charge était laborieuse, et plus avidement elle était recherchée. Au dernier siècle, c'était un simple titre honorifique qui s'achetait à beaux deniers comptants.

Dans la seconde classe de la noblesse d'office on plaçait les conseillers et officiers des cours souveraines et les

trésoriers de France. Ces magistrats possédaient la noblesse personnelle, mais ne pouvaient la transmettre à leurs enfants qu'à la troisième génération. Cependant, par un privilége particulier au parlement, à la chambre des comptes et à la cour des aides de Paris, les membres de ces trois cours jouissaient depuis un édit de 1715 de la noblesse héréditaire et transmissible, sans condition de degré.

Mais qu'il s'agit des offices de la première ou de la seconde classe, qu'ils conférassent la noblesse immédiate ou la noblesse différée, les détenteurs de ces charges ne pouvaient être réputés nobles ni transmettre leur qualité à leurs descendants, s'ils n'avaient exercé leurs fonctions pendant vingt ans à partir de leur réception, s'ils n'en étaient revêtus, au moment de leur mort, soit à titre actif, soit à titre de vétéran. La noblesse était donc moins attachée à la fonction elle-même qu'à son exercice ; elle en était moins la parure extérieure que la récompense; c'était le prix de services réellement rendus. Juste, mais imparfaite compensation de cette fâcheuse vénalité des charges si souvent reprochée à l'ancienne monarchie, et qu'on doit déplorer, non parce qu'elle introduisait des membres incapables ou indignes dans les corps judiciaires, qui ne furent peut-être jamais plus indépendants, ni mieux composés, mais parce qu'elle en écartait forcément le talent pauvre et l'érudition sans aïeux.

Outre les offices déjà cités, certaines charges municipales conféraient la noblesse à ceux qui en étaient revêtus. Il en fut ainsi du moins jusqu'à l'édit de mars 1667 qui, dans un intérêt fiscal, révoqua la plupart de ces concessions (1). On l'appelait dans certaines villes la

(1) Le maire et les échevins de la ville d'Angoulême étaient nobles de race depuis les lettres patentes de 1373, ceux de Tours depuis 1471, ceux de Poitiers depuis 1372. Les capitouls de Toulouse avaient été anoblis, eux et leur postérité, en 1471 ; les éche-

noblesse de cloche, parce que les membres de l'échevinage et les conseillers étaient ordinairement convoqués au son de la cloche placée dans le beffroi de la cité. Elle était acquise et devenait héréditaire dès que le maire ou l'échevin avait accompli le temps de sa charge, le plus souvent annuelle, ou lorsqu'il décédait pendant son exercice.

Cette aristocratie bourgeoise était fort ancienne, puisqu'on en rencontre des exemples dès le XIVe siècle. Par contre, la noblesse militaire était d'origine fort récente : elle ne fut régulièrement constituée que sous Louis XV. L'édit de novembre 1750 créa deux degrés de noblesse pour les officiers qui servaient dans les armées royales. Les officiers généraux, maréchaux de France, lieutenants généraux et maréchaux de camp étaient anoblis *ipso facto*, avec leur postérité née et à naître en légitime mariage, à partir de leur nomination à l'un de ces grades. Les officiers d'un grade inférieur, jusqu'à celui de capitaine, acquéraient la noblesse personnelle, après 30 ans de services, lorsqu'ils se retiraient avec la croix de St-Louis. Ils transmettaient leur privilége à leurs enfants, sans condition de durée de services, lorsqu'ils mouraient sous les drapeaux ou, lorsqu'aprés avoir obtenu l'Ordre de St-Louis, leurs blessures les empêchaient de porter les armes. Enfin, cette noblesse devenait héréditaire lorsqu'une famille comptait dans son sein trois générations d'officiers, ayant servi trente ans et chevaliers de St-Louis.

vins ou consuls de Lyon avaient reçu la même faveur en 1495 de Charles VII ; le maire et les échevins de Bourges en 1474 ; à Nantes, à La Rochelle, à St-Jean-d'Angely, à St-Maixant, à Amboise, à Niort, à Angers et dans plusieurs autres villes, il en était de même. A Dijon, le vicomte maïeur avait été anobli par Charles VIII et Louis XII ; le prévôt des marchands et quatre des échevins de Paris représentaient depuis 1577 la noblesse municipale qui avait été jusque là concédée à tous les bourgeois de la capitale.

L'édit de 1750, qui créait ainsi une véritable aristocratie militaire, était beaucoup plus raisonnable que celui qui, à la même époque, exigeait des preuves de noblesse de tous les aspirants à l'École militaire, instituée sur les conseils du financier Paris de Montmartel. Mais il ne faisait en quelque sorte que conserver un ordre de choses déjà existant. La profession des armes était en effet généralement regardée comme un apanage de la noblesse, qui en était presque inséparable. A l'origine de la féodalité, le nom de *miles* signifiait à la fois noble et soldat, ou plutôt chevalier, car il n'était donné qu'au combattant à cheval. C'était le terme générique de la noblesse, de telle sorte qu'on la réputait acquise par celui qui avait obtenu ce titre directement du prince, ou par la possession d'un fief entraînant l'obligation du service militaire. « Nobles étaient jadis, disait Loysel, liv. 1, tit. 1, art. 9, non seulement les extraits de noble race, en mariage, ou qui avoient été anoblis par lettres du roy, ou pourvus d'offices nobles, mais aussi ceux qui tenoient fiefs et faisoient profession des armes. » Lorsque la chevalerie sortit toute armée de la féodalité, le nom de *miles* fut réservé à ses membres comme à l'élite de la noblesse. *Miles quasi ex mille electus*, disait un écrivain du moyen-âge. On fut donc noble dès que l'on fut armé chevalier, on sollicita même la chevalerie pour sortir de la roture, sans la confesser, comme le remarque du Tillet : « Le roi faisant un roturier chevalier, il l'anoblit, d'où vient que plusieurs veulent prendre nobilitation à part, et de cette manière, de peur d'en avoir belle lettre et de confesser la roture. » Il fut par suite admis que le droit d'anoblissement étant réservé exclusivement à la royauté, le roi seul pouvait conférer l'ordre de la chevalerie à un roturier, tandis qu'un noble pouvait le recevoir d'un autre chevalier ou d'un grand seigneur. Nos historiens rapportent un grand nombre d'exemples de docteurs ès lois, de simples clercs, de gens de robe

ou d'humbles varlets attachés aux armées, que trois coups du plat d'une épée sur l'épaule ou des lettres royales revêtirent de la noblesse en même temps que de la chevalerie (1). Chevalier ou gentilhomme, c'était donc tout un, quoique l'on pût être noble sans être chevalier. La chevalerie suppléait à l'extraction, lorsqu'elle ne la supposait pas. L'homme qui avait le droit d'attacher un pennon à sa lance et de monter un cheval de bataille, portait avec lui ses lettres de noblesse; il les ceignait en quelque sorte avec son épée.

Mais la chevalerie n'eut qu'une durée éphémère. Comme institution politique, elle vécut à peine deux siècles; comme institution militaire, elle ne dépassa guère quatre cents ans. Loin de la raviver, l'établissement des grands ordres religieux et royaux ne servit qu'à l'altérer. Au xve, au xvie siècle surtout, elle était morte, bien morte. Quand Louis XI sollicita l'accolade du duc de Bourgogne Philippe-le-Bon, il fit œuvre de politique et de diplomatie; quand François 1er lui-même, le roi chevaleresque par excellence, fléchit, pour la recevoir, le genou devant Bayard, le chevalier sans peur et sans reproche, il voulut seulement honorer son armée victorieuse dans la personne du plus vaillant de ses capitaines: ni l'un ni l'autre ne songeait à ressuciter la chevalerie.

(1) Raoul Macart est ainsi anobli par Philippe-le-Long en 1317; Bernard de Codolis, docteur ès-lois, reçoit des lettres de chevalier en 1320, et, trois années après, le même Philippe-le-Long en accorde à un nommé Bernard Vignier, « encore qu'il ne soit point issu de noble lignée. » Le 16 mars 1415, l'empereur Sigismond, roi de Hongrie, étant à Paris près de Charles VI, désira assister à une audience du Parlement. On plaidait ce jour là la cause de deux parties qui se disputaient l'office de sénéchal de Beaucaire, dont un chevalier seul pouvait être revêtu. L'un des plaideurs, Pierre Pastel, était gentilhomme d'extraction et chevalier. Son adversaire, Guillaume Seignet, d'ailleurs plus capable, n'était ni l'un ni l'autre. Pour égaliser la lutte, l'empereur appela incontinent devant lui ce dernier, lui ordonna de s'agenouiller, lui fit chausser un de ses éperons et, lui donnant l'accolade, l'arma chevalier. Ainsi transformé en noble, Guillaume Seignet gagna tout d'une voix son procès.

Aussi, peu à peu, le titre de chevalier, usurpé par des gentilshommes ou de simples anoblis, devint-il un pur signe de distinction, dont la valeur alla sans cesse en diminuant. Il en fut de même de celui d'*écuyer*, synonyme de noble, et dont chacun s'empara. Pour mettre un terme à ces abus qui portaient préjudice au fisc, Henri IV dut insérer dans le règlement des tailles de 1600 un article qui fit « défenses à toutes personnes de prendre la qualité d'écuyer et de s'insérer au corps de la noblesse, si elles n'étaient issues d'un aïeul et d'un père ayant exercé la profession des armes, sans avoir fait aucun acte vil et dérogeant à leur qualité. » C'était devancer l'édit de 1750 et reconnaître formellement que les services militaires conféraient au moins la noblesse graduelle, la noblesse au second degré. Le règlement de 1600 ne diminua guère le nombre des faux nobles, et n'empêcha point les descendants de ceux qui n'avaient jamais porté une épée de se qualifier d'*écuyers*. Il contribua cependant à accréditer l'opinion ancienne, qui attachait la noblesse à la qualité d'homme d'armes, opinion si répandue qu'elle se fit jour jusque dans les écrits des meilleurs jurisconsultes (1).

2° *Noblesse de lettres.* — Le second mode de parvenir à la noblesse était l'anoblissement par lettres. « Le roi, dit solennellement Loyseau dans son *Traité des ordres*, est le distributeur, ordonné de Dieu, de l'honneur solide de ce monde, selon ce passage d'Esther, *honorabitur quem voluerit rex honorari*, et le dire de Pline en son panégyrique, *Cesar nobiles efficit et conservat*, et ces anoblissements purgent le sang et la postérité de l'anobli de toute tache de roture. »

Sans remonter jusqu'à l'Écriture sainte, il est certain que, dans notre ancienne France, la puissance souveraine pouvait seule faire un noble d'un roturier. Plusieurs hauts

(1) V. Laurière, *Glossaire* imprimé en 1704.

vassaux avaient prétendu exercer ce droit régalien, mais leurs prétentions avaient toujours été repoussées par la cour du roi ou le Parlement. Toutes les soi-disant lettres de noblesse accordées par des princes non souverains, comme les comtes de Flandre, de Champagne, le duc de Bourgogne, ne sont que de simples concessions d'affranchissement. Loin de prouver la noblesse, elles constatent donc au contraire la servitude originaire des ancêtres. On soutenait cette opinion, fort exacte, par un raisonnement assez singulier. Le roi seul, disait-on, jouit du droit de monnayage (ce qui, soit dit en passant, était une erreur). Or, l'homme est une monnaie. Il appartient donc uniquement au souverain de lui imprimer telle valeur intrinsèque qu'il juge à propos. On n'attendit pas, pour proclamer ce principe, que la monarchie fût devenue maîtresse absolue dans l'État. En 1269, un comte de Nevers fut condamné à l'amende envers le roi, pour avoir anobli deux de ses vassaux, qui furent également frappés d'une lourde amende, pour avoir accepté cet anoblissement. Le chap. 128 du 1er livre des *Établissements de St-Louis* y fait allusion pour les lettres de chevalerie. La règle, une fois posée, se fortifia à mesure que grandit la puissance royale. Au XVIe siècle, elle était universellement acceptée. En 1519, un bâtard de Savoie, grand maître de France, sénéchal et gouverneur pour le roi en Provence, s'étant avisé de donner, au nom du souverain, des lettres de noblesse à un habitant de la ville d'Aix, les commissaires pour la recherche des faux nobles déchirèrent avec indignation ces lettres usurpatrices d'un droit inhérent à la souveraineté.

Si, dès le XIIIe siècle, il était reconnu que le roi pouvait seul anoblir, il semblerait que l'on dût, même avant cette époque, rencontrer de nombreux exemples de l'exercice de cette faculté. Ces exemples sont au contraire fort rares à l'origine ; aucun d'eux ne remonte au-delà de Philippe-

le-Hardi, qui donna des lettres de noblesse à un orfèvre nommé Raoul (1). En 1285, Philippe-le-Bel anoblit Gilles de la Cour, en récompense des services qu'il avait rendus à son oncle, Pierre de France, comte d'Alençon. En 1310, il conféra également la qualité de noble à deux habitants de Cahors et de Montpellier, qui purent jouir désormais, disent les lettres de concession, eux et leur postérité, de la pleine et entière franchise de noblesse. Les anoblissements se multiplièrent surtout à dater de Philippe de Valois. Ils furent concédés par édits généraux ou par lettres particulières, en bloc ou en détail, avec ou sans finance, c'est-à-dire à prix d'argent ou avec dispense de payer des droits d'enregistrement au trésor royal, une somme à la paroisse où l'anobli était auparavant imposé à la taille, et une indemnité appelée *aumône*, parce qu'elle était ordinairement affectée à des œuvres pieuses ; à une famille tout entière ou à un seul de ses membres, à un père et à ses enfants, à un mari et à sa femme, ou à l'un d'eux seulement ; à des serfs, qui étaient alors affranchis en même temps, et quelquefois à d'anciens nobles qui avaient dérogé ou dont les titres avaient été perdus. Dans le cas de dérogeance, les lettres patentes prenaient le nom de *lettres de réhabilitation*, et dans l'autre, celui de *lettres de confirmation*. Lorsqu'un individu prétendait à une noblesse qu'il ne pouvait prouver, ou se disait appartenir à une famille noble réputée éteinte, sans justifier de ses liens de parenté, on lui accordait des lettres dites *à deux visages*, qui le maintenaient dans la noblesse prétendue, et l'anoblissaient en tant que besoin. C'était une clause suspecte, qui, en réalité, invalidait plus qu'elle ne confirmait ses prétentions.

(1) On a cité deux chartes d'anoblissement, l'une de 1008, en faveur de Denis et Louis Jaquot, originaires de Bourgogne, l'autre de 1095, en faveur d'un pèlerin de Jérusalem. Eudes le Maire. Mais ces documents sont manifestement apocryphes.

L'anoblissement était, en principe, réservé à la récompense des serviteurs de l'Etat; comme il emportait l'exemption d'un grand nombre de charges publiques et qu'il causait ainsi un tort indirect aux contribuables, en accroissant leur part proportionnelle dans l'impôt, il semblait qu'il ne dût être accordé qu'aux personnes ayant rendu de grands services, soit à la nation, soit à son roi. C'était le vœu des trois ordres, du Tiers surtout, qui ne cessait, lors de la réunion des Etats généraux, de s'élever contre la prodigalité des priviléges nobiliaires. Mais ses remontrances ne furent jamais écoutées ; la vénalité pénétra dans le corps de la noblesse, comme dans les offices publics, elle y infusa un sang nouveau, qui n'avait jamais été répandu sur les champs de bataille, elle y fit admettre une foule de familles obscures, dont le seul mérite consistait à s'être laborieusement enrichies. Chose curieuse ! tandis que les députés de la bourgeoisie se lamentaient en chœur, dans les assemblées nationales, au sujet de l'extrême facilité avec laquelle la monarchie distribuait des lettres de noblesse, cette bourgeoisie ne cessait de les solliciter avec une ardeur au moins égale. Les priviléges ne la courroussaient que parce qu'elle n'y participait pas. Elle était peut-être même plus jalouse de les obtenir que de les voir refuser (1). Dans les crises aiguës que rencontra si fréquemment le trésor public, la royauté exploita avec une adresse infinie cette disposition du caractère national.

(1) La noblesse concédée a toujours été néanmoins considérée en France comme inférieure à la noblesse de race. Diderot disait: « Les rois de France guérissent la roture comme les écrouelles. Il en reste toujours quelque chose. » Chose remarquable ! les Etats généraux qui se sont fréquemment élevés contre les anoblissements, n'ont jamais critiqué le principe politique de la noblesse elle-même. Attaquée dans ses priviléges, elle ne le fut point dans son essence. On sentait vaguement que la force, qui d'un troupeau de brutes avait fait une société d'hommes, ne pouvait être biffée d'un trait de plume de l'Etat social. Toute société a besoin d'une aristocratie : quand les titres de noblesse sont supprimés, ils sont remplacés par les titres de rente.

Elle battit monnaie avec les lettres d'anoblissement. En 1568, Charles IX choisit dans chaque ville et bailliage du royaume douze personnes qu'il fit nobles moyennant finance. En 1576, Henri III l'imita dans les généralités de Paris, Caen et Rouen et, l'année suivante, en Bretagne. Six ans plus tard, en 1593, pressé d'argent, Henri IV anoblit vingt-quatre personnes dans le ressort du parlement de Paris ; mais un édit de janvier 1598 révoqua tous les anoblissements achetés depuis vingt ans. C'est que les troubles intérieurs avaient pris fin et que les impôts commençaient à rentrer dans les caisses de l'Etat. Malheureusement cette période de prospérité financière fut de courte durée. En mars 1606, tous les anoblissements antérieurs furent rétablis, non gratuitement sans doute.

L'histoire, d'ailleurs fort ingrate, de la noblesse par concession est ainsi le tableau fidèle de l'état de nos finances, des oscillations successives du crédit national et de la richesse publique. En 1628, nouvelle création de nobles en faveur d'une compagnie commerciale, la *Nouvelle France* ; en 1634, révocation de tous les anoblissements qui remontent à moins de 20 années, à l'exception de ceux de 1628. Quatre ans plus tard, à l'occasion de la naissance du dauphin, depuis Louis XIV, on fait derechef dans tout le royaume une fournée nobiliaire, bientôt annulée en 1640 par un édit qui rapporte toutes les créations faites depuis 30 ans. En 1643 et en 1660, deux personnes sont anoblies dans chaque généralité; en 1645, cinquante le sont en Normandie ; en 1656, le roi confirme tous les anoblissements faits depuis 1606 à la condition que chacun des anoblis paiera une somme de 1500 livres. Huit ans après, toutes ces faveurs sont de nouveau retirées et les nobles de fraîche date soumis à la taille. Mais la guerre éclate contre la ligue d'Augsbourg et voici, pour la sixième ou septième fois, la noblesse remise en vente, puis retirée à ceux qui l'ont acquise, dès que le traité de

paix est signé. En 1696, elle leur est rendue, moyennant une forte taxe; Louis XIV l'accorde même à cinq cents autres personnes, qui la payent 6000 livres chacune. Même concession et même levée de finance en 1702 pour deux cents Français, réduits à cent en 1704, mais en revanche contraints de verser un supplément de 3000 livres. En 1711, cent nouvelles lettres de noblesse sont distribuées. Enfin, en août 1715, tous les anoblissements accordés depuis 1689 sont abolis et ceux qui les avaient obtenus imposés à la taille. L'édit révoque en même temps la noblesse au premier degré, concédée en 1704 aux membres des cours souveraines et des bureaux des finances, à l'exception de ceux du parlement, de la chambre des comptes et de la cour des aides de Paris, celle qui avait été octroyée aux échevins de la capitale, et ne reconnait que la noblesse graduelle aux officiers des grandes compagnies judiciaires. En résumé, tous les nobles faits depuis 1689 retombèrent, à moins d'exceptions spéciales, dans la condition de simples roturiers. Quant aux autres, ils durent payer un droit de confirmation à l'avénement de Louis XV.

De ce qui précède, on peut conclure sans doute que la noblesse de concession ne fut qu'accidentellement, sous la monarchie absolue, une récompense des services rendus à la patrie. Mais il est également permis d'en induire qu'elle était en réalité moins utile qu'onéreuse aux personnes qui avaient la simplicité de l'acquérir. Loin de constituer à leur profit une exemption des charges publiques, elle les y associait plus étroitement en quelque sorte, puisque le paiement d'une lourde taxe ne rendait pas leur qualité irrévocable, et ne les dispensait pas d'acquitter la taille, dès qu'il plaisait au roi de retirer sa faveur. La situation de ces nobles éphémères peut être comparée à celle des établissements de mainmorte. De même que ceux ci étaient exonérés des droits de muta-

tion en payant le droit d'amortissement, de même l'anobli échappait passagèrement à la taille en versant le prix de son anoblissement. Mais ce prix compensait, et au-delà, la quotité de l'impôt annuel dont l'exemption était prononcée. De plus, comme il fallait la renouveler après chaque révocation de la concession accordée, et que, malgré l'assertion de Pothier, le trésor royal ne remboursait jamais la finance perçue, même en cas d'abolition du privilége, l'anobli était, au fond, sous une forme déguisée et intermittente, l'un des contribuables les plus imposés de l'ancienne France. Du reste, les lettres de noblesse, acquises à prix d'argent, étaient seules révocables. Celles qui étaient conférées pour services signalés rendus à l'État ou au prince ne pouvaient être retirées, pourvu qu'elles fissent une mention expresse des causes qui les avaient fait accorder (1).

Il exista pendant un certain temps un troisième moyen d'entrer dans la classe privilégiée, mais ce moyen rentrait, à vrai dire, dans l'anoblissement par lettres : c'était l'investiture des fiefs de dignité.

Dans la rigueur primitive du droit féodal, les fiefs ne pouvaient être possédés que par les nobles, parce que ceux-ci pouvaient seuls rendre au suzerain le devoir militaire. Tout fief était donc noble, en ce sens qu'il entrainait des obligations que les nobles étaient seuls capables de remplir. Il n'anoblissait pas son possesseur, mais il l'af-

(1) On tenait généralement que le roturier était anobli, sans lettres de noblesse, lorsque, sciemment et en connaissance de cause, le roi lui donnait la qualification de noble. *Dixit et facta sunt.* Ainsi Dieu, disait-on, a créé le monde. Ainsi le souverain peut tirer un homme de la roture. Quand Louis XV, mourant de soif après une chasse, dit à son garde : « Merci, de Vintrais, » il aurait, d'après cette doctrine, créé une distinction légale. Mais les commissaires chargés au XVIIe siècle de la recherche des faux nobles ne paraissent pas avoir jamais admis une semblable preuve de noblesse.

franchissait pourvu que celui-ci y résidât (1) La prohibition faite aux roturiers de détenir des fiefs dura peu : elle fut bientôt levée par la création du droit d'amortissement ou de *franc-fief*, moyennant lequel les seigneurs *abrégèrent* leurs fiefs, c'est-à-dire déchargèrent les non-nobles qui les possédaient de l'obligation personnelle du service militaire. En sa qualité de souverain-fieffeux, Philippe-le Hardi profita de cette dérogation pour en faire la base d'un nouvel impôt. L'art. 9 de son ordonnance de 1275 décida que lorsqu'un non noble achèterait un fief sans le consentement royal, hors les terres des barons, l'acquéreur devrait lui payer la valeur du revenu de trois années, s'il y avait entre cet acquéreur et le roi moins de trois seigneurs intermédiaires, en d'autres termes, s'il y avait moins de trois degrés hiérarchiques de féodalité. Chacun de ses successeurs renouvela cette prescription à son avénement, jusqu'aux lettres patentes données par Charles IX le 5 septembre 1571, qui, tout en confirmant la défense faite aux roturiers de détenir des fiefs, tolére leur possession moyennant le paiement de la taxe de franc-fief. L'ordonnance de Blois, de 1579, se borna donc à constater une règle précise de l'ancien droit en déclarant dans son art. 258 : « Les roturiers et non-nobles achetant fiefs nobles ne seront pour ce anoblis, ni mis au rang et degré des nobles, de quelques revenus que soient les fiefs par eux acquis. »

Ainsi, en principe, un bourgeois qui achetait un duché ou un comté non seulement ne pouvait se qualifier de duc ou de comte, mais n'acquérait pas même la noblesse. Bien plus, la loi féodale lui contestait, à la rigueur, le droit de posséder ces fiefs de dignité. Toutefois, il était avec elle des accommodements, et prohibition était levée,

(1) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis,* ch. XLIII; Boutillier, *Somme rurale*, liv. II, tit. I.

lorsque le roi admettait le roturier à lui rendre foi et hommage pour la terre titrée qu'il avait indûment acquise. Chasseneuz, sur la coutume de Bourgogne, formulait la règle et l'exception de cette manière : « Si des bourgeois achètent une baronnie, comme plusieurs le font, ils ne deviennent pas pour cela barons et n'ont pas le droit de siéger parmi les barons, à moins qu'ils n'aient la permission du prince. »

Si donc le roturier n'était pas anobli par la possession du fief de dignité, mais seulement par l'investiture royale, il était vrai de dire qu'en ce cas il y avait un simple fait d'anoblissement sans lettres. Cela était d'autant plus juste que l'investiture ne conférait au bourgeois que la simple qualité de noble, sans lui permettre de prendre le titre de la terre possédée. Il pouvait se dire : seigneur du comté de... mais non comte de... Pour que le titre lui appartînt, il fallait que le roi eût spécialement en sa faveur érigé la terre en comté ou en baronnie.

§ III *Preuves de la noblesse*

Pour jouir des privilèges attachés à la noblesse, il fallait justifier d'une possession légitime. Il était facile de fournir cette preuve lorsque la noblesse provenait d'une concession générale ou particulière, de l'exercice d'une charge ou de lettres d'anoblissement. Mais celle qui sortait de ces deux sources était regardée en quelque sorte comme d'une qualité inférieure ; si honorable qu'elle fût, elle ne jouissait pas de la considération qui était accordée à la noblesse de race. Aussi les personnes dont les aïeux l'avaient ainsi acquise se bornaient-elles souvent à invoquer la possession de leurs ancêtres, plutôt que de produire le titre original de leur anoblissement. On se demandait donc autrefois si la noblesse était prescriptible, et, bien qu'en droit la question fût

résolue négativement par la grande majorité des feudistes, en fait on admettait une certaine prescription, puisque l'usage réputait nobles les familles qui pendant un siècle avaient vécu noblement. L'art. 541 de la coutume de Bretagne confirmait d'ailleurs expressément cet usage ; il avait été, nous dit d'Argentré, très-vivement discuté par les trois états de la province au moment de sa rédaction et finalement accepté.

Vivre noblement, c'était jouir publiquement des priviléges nobiliaires, être exempté de la taille et des autres charges roturières, posséder des fiefs, être admis aux assemblées de la noblesse, porter l'épée, servir à l'armée, ne faire aucun acte de dérogeance, comme l'exercice des arts manuels ou le commerce. Lorsque les membres d'une famille avaient ainsi vécu noblement pendant un siècle, cette famille était présumée noble, pourvu que l'on ne prouvât point contre elle qu'elle avait usurpé la noblesse. En réalité donc, elle ne prescrivait pas son titre, puisque cette possession centenaire n'était que la présomption d'une jouissance immémoriale.

La possession d'état ne suppléait en conséquence au titre constitutif qu'à la double condition de s'être prolongée pendant un siècle et d'être publique. Une jouissance moins ancienne ou clandestine ne produisait aucun effet. En outre, elle devait être paisible, non contredite, et s'être poursuivie sans interruption. Ces règles, admises par l'unanimité des jurisconsultes, étaient plus ou moins explicitement formulées dans les édits et règlements royaux qui se succédèrent à partir de l'année 1600, époque à laquelle, comme nous l'avons vu, Henri IV défendit de prendre le titre d'écuyer et de s'insinuer dans le corps de la noblesse à tous ceux qui ne seraient pas issus d'un père et d'un aïeul ayant fait profession des armes ; mais elles furent plus rigoureusement appliquées à partir du moment où la royauté crut nécessaire d'or-

donner la recherche des faux nobles, afin de prévenir l'avilissement de la noblesse et la diminution du produit des tailles.

Il n'est pas besoin de rappeler une fois de plus que la qualité de noble procurait, entre autres avantages, l'exemption des impôts publics, pour faire comprendre l'ardeur avec laquelle elle était recherchée et les ruses auxquelles on recourait pour l'usurper. « Les valets des gentilshommes, ou ceux qui ont couru la poule pendant les guerres, voire ceux qui n'ont voulu suivre autre exercice, sinon de traîner l'épée, se font accroire que si par la force ou intimidation d'eux ou des gentilshommes des villages auxquels ils servent d'estafiers, de bigayeurs, voire de tueurs, ils se peuvent échapper pendant deux générations de payer la taille, leur postérité deviendra noble, sans qu'ils aient besoin du roi ni de son anoblissement. » C'est Loyseau qui peint, dans son *Traité des ordres*, ces « estafiers, ces tueurs » anoblis par la seule vertu de la lame qui bat sur leurs flancs. Un peu plus loin, il parle également de ces « *porte épée* qui, n'ayant point de seigneurie dont ils puissent prendre le nom, ajoutent seulement un *de* ou un *du* devant celui de leurs pères, ce qui se fait en guise de seigneurie, car, dit-il, c'est pour en faire un génitif possessif au lieu d'un nominatif. » Loyseau se rendait alors l'interprète des doléances universelles. La vraie noblesse dans les rangs de laquelle s'infiltrait une foule de gens sans aveu n'était pas seule à se plaindre : le Tiers-Etat qui voyait chaque jour les charges s'accroître et le nombre des contribuables diminuer, les fermiers des impôts qui rencontraient à chaque pas de soi-disant exemptés, ne cessaient de reprocher à la monarchie la tolérance qu'elle semblait accorder aux usurpateurs de noblesse. La Cour, longtemps sourde à ces plaintes, finit par les entendre. Un premier édit du 26 mars 1555 défendit de prendre sans droit la qualité de

noble, à peine de 1000 livres d'amende. L'ordonnance d'Orléans contint bientôt après l'article suivant : « Ceux qui usurperont faussement et contre vérité le nom et titre de noblesse, prendront ou porteront armoiries timbrées, seront par nos juges mulctés d'amendes arbitraires et au payement d'icelles contraints par toutes voies. » La même défense fut réitérée par les édits de 1576 et 1577, par l'ordonnance de Blois, art. 257, par l'édit de 1600 et par une ordonnance de 1632. Mais ces prohibitions ne tardèrent pas à paraître, à elles seules, insuffisantes. Les Etats généraux de 1614 et de 1615 représentèrent qu'elles n'arrêteraient aucune usurpation et qu'elles ne produiraient aucun effet, si elles n'étaient appuyées par des poursuites. Ils demandèrent formellement en conséquence que les faux nobles fussent recherchés dans tout le royaume et punis selon la rigueur des ordonnances.

En 1655 et dans les années suivantes, jusqu'en 1674, les cours des aides furent chargées de cette recherche, chacune dans l'étendue de son ressort. Une armée d'huissiers fut mise en campagne. Mais cette lutte à coups d'assignations n'eut pas de grands résultats. Grâce aux lenteurs forcées de la procédure, il y eut peu de décisions rendues. D'ailleurs, dans la multiplicité des poursuites, les vrais nobles furent confondus avec ceux qui ne l'étaient pas. Ils se plaignirent à leur tour et firent suspendre les informations. Cependant des arrêts du conseil de 1664, 1666 et 1667 envoyèrent en chaque province des commissaires spéciaux qui furent chargés de faire comparaître devant eux tous les gentilshommes ou se prétendant tels, d'examiner leurs titres en originaux, et de dresser un catalogue de toutes les personnes reconnues comme vraiment nobles, avec l'indication de leurs noms, surnoms et armoiries. De leur côté, les intendants des généralités reçurent la mission de recueillir les preuves de noblesse et de dresser des rapports, à la vue desquels

des condamnations pour usurpation ou des jugements *de maintenue* furent rendus. Les intendants et les commissaires devaient n'avoir égard qu'à des titres authentiques établissant la qualité des parties depuis l'année 1650, et refuser le titre de noble à tous ceux dont les ancêtres étaient en roture prouvée avant cette date. Momentanément suspendues en 1674, à raison des circonstances, ces commissions de recherche furent rétablies en 1696, et poursuivirent leurs opérations, sauf quelques interruptions passagères, jusqu'en 1718, époque à laquelle la commission centrale qui connaissait en appel des décisions rendues par les intendants et les commissaires départis fut définitivement supprimée. Les parlements et les juges ordinaires demeurèrent désormais seuls en possession de statuer sur les questions de noblesse, qui se présentaient incidemment dans une matière de leur compétence, droit qui, d'ailleurs, ne leur avait jamais été contesté pendant l'existence même des commissions. Quant aux instances commencées et non terminées par celles-ci, une déclaration royale du 8 octobre 1729 en attribua la connaissance aux cours des aides. Les travaux des commissaires qui révisèrent au XVII[e] siècle les titres de la plus grande partie de la noblesse française eussent été fort abrégés si, conformément à des lettres-patentes données par Charles VIII en 1484, les gentilshommes de race avaient dressé une fois dans leur vie, en présence du bailli ou du sénéchal de leur résidence, la généalogie de leur famille, en remontant à leur premier ancêtre connu, ou au moins à quatre générations. Mais cette prescription ne fut jamais appliquée, si ce n'est en Bretagne.

Les recherches des intendants, les jugements de maintenue, les condamnations prononcées contre les faux nobles et la confection d'un catalogue général de la noblesse française eurent-elles du moins les résultats attendus par les Etats généraux qui avaient provoqué ces mesures et par

la royauté qui les avait édictées ? En mettant un terme aux procédures inquisitoriales poursuivies pendant une grande partie du règne de Louis XIV, le régent croyait-il avoir atteint le but proposé ? Hélas ! non. Il fut, ce semble, des usurpateurs de la noblesse ce qui fut des protestants et des religionnaires des Cévennes, au moment de la révocation de l'édit de Nantes. La persécution surexcita, fortifia les uns ; loin de les effrayer, la répression ne fit peut-être qu'encourager les autres. La vanité humaine a des ressources infinies qui mettra toujours la police la plus subtile en défaut. Un grand nombre de prétendus nobles fut frappé d'amende et couché sur le livre des tailles; un plus grand nombre eut l'adresse d'y échapper. A peine les commissions d'enquête étaient elles dissoutes que les usurpations se produisirent de plus belle. Elles ne gardèrent nulle mesure. Les condamnés de la veille se dirent réhabilités du lendemain. Les anoblis se mêlèrent aux grands seigneurs, les simples écuyers prirent le titre de chevalier, les gentilshommes non titrés se qualifièrent de leur propre autorité de comtes, barons ou marquis; les bourgeois bien connus par leur roture leur disputèrent même ces titres et s'en parèrent hardiment dans les actes publics. Il y eut, sous Louis XV, une promiscuité, un avilissement de condition universels. Nous en pouvons juger assez mal, aujourd'hui que plus de cent années et presque autant de révolutions nous séparent de cette époque. En réalité, au dernier siècle, la noblesse de race était fort rare. D'abord épuisée par les guerres, elle s'était ensuite éteinte dans le luxe, l'oisiveté, la mollesse, l'infécondité savante de la couche nuptiale. Sur 25,000 ou 28,000 familles environ qui composaient vers 1789 l'ordre de la noblesse française, sept ou huit cents à peine pouvaient authentiquement faire remonter leur origine à 1499. Toutes les autres avaient été anoblies par des charges ou des lettres royales, à défaut desquelles plusieurs n'avaient

su résister à la douce satisfaction de s'anoblir elles-mêmes. N'en rions pas, car pour être moins vulgaires que de nos jours, ces usurpations étaient alors aussi moins plaisantes. Elles ne se bornaient pas en effet à porter un innocent ombrage à la jalouse vanité du voisin ; elles lui causaient un préjudice plus sérieux en faisant tomber sur lui une part des taxes fiscales. C'était donc un abus considérable, qu'il eut été sage de déraciner en soumettant, selon le vœu de Vauban, tous les régnicoles, sans distinction de classe, au paiement égal de l'impôt. Loin d'amoindrir la noblesse, cette mesure l'eût grandie aux yeux des autres ordres ; elle eût désarmé ses adversaires ; elle eût fortifié l'Etat par une cohésion plus intime de ses membres ; elle eût, en un mot, sans imposer à la noblesse d'autres sacrifices, en les prévenant même, provoqué d'une manière plus durable l'enthousiasme et la fragile reconnaissance qu'excita sa généreuse, mais inutile abdication dans la nuit du 4 août 1789.

§ IV *Priviléges de la noblesse*

La plupart de ces priviléges, fort nombreux, pouvaient appartenir non-seulement aux personnes investies de la noblesse transmissible ou héréditaire, mais encore à celles qui jouissaient seulement de la noblesse personnelle, et même à celles qu'on appelait les privilégiés. Les commensaux de la maison du roi, les magistrats des cours souveraines qui n'avait pas encore acquis la noblesse complète par un laps d'exercice suffisant, les bourgeois de quelques villes du royaume, tels que ceux de Paris, jouissaient de la noblesse personnelle et des priviléges attachés à la qualité de nobles, sans pourtant faire partie du second ordre de l'Etat. A plus forte raison, les simples privilégiés ne pouvaient se prétendre agrégés à l'ordre nobiliaire, quoiqu'ils fussent exemptés des tailles. La

jouissance des privilèges dont nous allons parler n'était donc pas toujours, à elle seule, une preuve de noblesse, mais elle la faisait présumer.

Les prérogatives nobiliaires étaient de deux sortes, honorifiques ou utiles.

1° *Droits honorifiques.* — Le premier et le plus important de ces droits, à la fois honorifique et utile, était celui d'assister soit aux assemblées des Etats provinciaux, là où ils étaient constitués, soit à celles des Etats généraux. En principe tout noble avait le droit de s'y présenter et d'en faire partie. Cependant les portes de ces réunions ne s'ouvraient, en fait, que devant ceux qui y étaient appelés, et, dans un grand nombre de provinces, on n'y admettait que les nobles de race, c'est-à-dire les gentilshommes pouvant justifier d'une possession centenaire. Les récents anoblis en étaient exclus. En Artois, ils devaient faire preuve de six degrés de noblesse; dans le Hainaut, de quatre du côté paternel et de deux du côté de leur mère; à Lille, au contraire. tous sans distinction étaient appelés aux États, même les anoblis. Mais c'était là une prérogative moins civile que politique et sur laquelle, pour ce motif, il ne convient pas d'insister.

Le noble avait la préséance sur le roturier. Tout le monde connait cette vieille maxime : *Nul ne peut seoir à la table d'un noble, s'il n'est chevalier.* Le peuple n'approchait du gentilhomme qu'avec crainte et respect. Il existait, à l'origine, un abîme entre le suzerain et son vassal, non seulement entre le haut justicier féodal et ses hommes de poeste, mais entre le petit possesseur de fief et son tenancier. Celui-là était souverain dans son village. Au XVIe siècle, Montaigne le comparait encore à un roitelet (1). Si mince que soit sa fortune, si petit état qu'il

(1) V. les *Essais*, liv. I, ch. 42, et les réceptions des seigneurs dans leurs terres, même celle de Voltaire à Tournay.

mène dans sa terre, le noble tient à une distance respectueuse tous ceux dont la condition est inférieure à la sienne. A table, il occupe le haut bout, assis sur un fauteuil, tandis que ses convives sont placés sur des tabourets. Un dais surmonte le siége où il prend place, quand il est haut justicier, pour donner audience à ses hommes. Il est suivi de ses estaffiers, quand il sort, et fait faire la haie autour de lui.

A un signe seulement on peut reconnaître qu'il n'est pas tout à fait le maître, en sa qualité de noble. S'il a préséance sur le tiers état, les officiers de justice, même roturiers, précédent dans leur ressort les simples gentilshommes de race, parce qu'ils représentent le souverain et sont dépositaires d'une partie de son autorité. Ce sont des délégués de la puissance publique, ce que ne sont pas les nobles, même dans leurs seigneuries. Ceux-ci d'ailleurs y ont le pas sur tous leurs justiciables et sur tous les ecclésiastiques non constitués en dignité. Les simples gentilshommes y précèdent même les juges et les officiers des seigneurs hauts justiciers dans les cérémonies religieuses, au jour de la fête du patron de la paroisse (1).

Le noble avait le droit de port d'armes et ne quittait pas l'épée, même dans le cabinet du roi. Il avait également celui d'user d'armoiries, et, dans les derniers temps, de les timbrer d'un heaume, afin de se distinguer, soit des simples anoblis, qui ne pouvaient se servir que d'écussons nus, soit des bourgeois à qui la royauté avait permis d'en faire usage (2).

Les nobles pouvaient porter le titre d'*écuyer*, ordinaire-

(1) Arrêt du conseil du 1er septembre 1685.

(2) Cette distinction ne subsista pas au surplus longtemps. D'une part, Charles V autorisa, en 1371, les bourgeois de Paris à prendre des armoiries timbrées ; de l'autre, un édit de novembre 1696 mit à contribution, dans un intérêt fiscal, la vanité des plébéiens, en leur ouvrant un armorial général, où ils purent faire insérer la description des armes dont ils avaient fait choix.

ment réservé à celui qui n'avait pas le droit d'en prendre un autre plus élevé. Dans les premiers siècles de la féodalité, le nom de *noble homme* était donné aux personnes appartenant à la noblesse, aux plus grands seigneurs, même aux souverains. Les bulles et les rescrits des papes, un grand nombre de chartes du temps de Philippe-Auguste jusqu'après saint Louis, n'emploient que cette appellation pour désigner des rois, des princes, des hauts feudataires, comme les comtes de Bretagne, de Luxembourg, de Flandre, de Champagne. Froissart a lui-même plus tard le soin de distinguer les nobles hommes des écuyers, qu'il place au-dessous d'eux. La coutume de Hainaut énumère quatre degrés de noblesse : le pair, le chevalier, le noble homme et l'écuyer. Mais les bourgeois des villes ayant usurpé ce titre comme les armoiries, on y substitua celui d'*écuyer*, ou celui de gentilhomme, en réservant plus particulièrement le premier aux anoblis et le second aux nobles de race, bien que l'édit de 1600 n'ait pas consacré cette différence, au contraire. La dénomination de *noble homme* tomba même dans un tel discrédit qu'un règlement du 4 juin 1668, spécial à la Provence, ordonna de ne pas en tenir compte pour établir la possession dans les recherches de noblesse.

La qualification de chevalier n'appartenait pas indistinctement à tout gentilhomme. Elle était, à l'origine, réservée à celui qui avait reçu l'ordre de chevalerie, considéré dans les premiers temps comme spécialement destiné à la noblesse. Pour être fait chevalier, il fallait, à l'époque de Beaumanoir, être noble du côté paternel. Mais, depuis, il fut admis que le roi pouvait conférer la chevalerie à un roturier, qui était par là même anobli. On disait même que « lettres de chevalerie emportent noblesse, sans confesser roture » (1). Le titre de chevalier désigna donc les

(1) Pocquet de Livonnière, *Règles du droit français*, liv. I, tit. I, n° 44.

nobles armés chevaliers ou reçus dans un ordre militaire religieux ou royal. Il passa ensuite aux personnes qui, sans être décorées d'aucun ordre, possédaient de grandes seigneuries ou de grands offices, en un mot, à la haute noblesse. L'ordonnance de 1629 en défendit l'usage à toutes les personnes qui ne l'auraient pas reçu directement du roi ou qui ne le tiendraient pas de leur dignité. Mais, malgré cette ordonnance, il fut fréquemment usurpé au point de n'avoir, à la veille de 1789, comme je l'ai dit plus haut, qu'une valeur de courtoisie.

Les nobles jouissaient également de plusieurs autres prérogatives honorifiques, lorsqu'ils possédaient une seigneurie, un fief, une justice. Tels étaient le droit de construire un château, d'avoir des piliers de justice, le droit de banc à l'église, le droit de *litre*, etc. Mais ces honneurs, connus sous le nom de *droits seigneuriaux*, étaient attachés à la qualité de seigneur, non à celle de noble.

2° *Droits utiles*. — Outre ces prérogatives honorifiques, il en existait aussi de très utiles.

La plus importante était l'exemption des tailles et autres cotisations connues sous le nom de *taillons*, *crues d'aides*, *subsides*, auxquelles étaient soumis les roturiers, sauf la capitation et les vingtièmes qui au XVIIIe siècle frappaient, en principe, tous les Français, mais, en fait, étaient très modérés pour les gentilshommes. Cette exemption, dernier lambeau de souveraineté ou tout au moins d'indépendance, existait pour tous les nobles indistinctement, excepté en Provence, en Dauphiné, en Languedoc, où les tailles étaient réelles et suivaient la qualité des terres. Mais ce privilége personnel d'exemption ne se communiquait aux maisons taillables qu'autant qu'elles étaient habitées par les exemptés eux-mêmes; autrement la maison qui advenait au noble dans les terres du roi ou d'un baron, même par succession, conservait sa qualité de bien roturier, et si son possesseur la vendait à un bourgeois

ou vilain, après l'avoir habitée et soustraite ainsi à la taille, elle subissait de nouveau l'impôt roturier (1). Les nobles avaient de plus le droit de faire valoir quatre charrues sans être imposés.

La noblesse affranchissait de toute corvée personnelle, du logement des gens de guerre, des banalités de four, moulin ou pressoir, et dispensait de rendre en personne les corvées réelles.

Elle conférait seule le droit de remplir certaines fonctions publiques, comme les charges et offices de la maison du roi.

Elle exonérait du droit de *franc-fief*, payé par les roturiers, pour obtenir licence de posséder une terre noble.

Le noble pouvait, sans difficulté, posséder des héritages roturiers. Mais dans ce cas, comme l'indiquaient expressément les anciens *usages d'Artois*, tit. I, art. 5, « si le gentil prend terre vilaine, lors sera-t-il mené par la loi vilaine, de tout, excepté de son corps. » Cette règle était une conséquence du principe de la territorialité de la loi. Le sol imposait sa condition à l'homme, sauf en ce qui concernait la franchise personnelle.

Les nobles avaient une majorité particulière, et étaient, en état de minorité, soumis à une *garde* spéciale, dont la durée était plus longue que celle de la *garde bourgeoise* (2). La constitution réelle de leur famille n'était pas celle de la famille roturière. Les coutumes de Paris, art. 238, et de Troyes, art. 11, accordaient au survivant de deux époux nobles un préciput dont ne jouissaient pas les roturiers. Leurs successions étaient régies par un autre principe que celui de l'égalité absolue admise entre vilains. De même, dès l'origine de la féodalité, d'après les *Etablissements de St-Louis*, le gentilhomme pouvait donner à un de ses fils sa

(1) *Etablissements de Saint-Louis*, I, 95.

(2) *Cout.* de Paris, art. 268.

portion disponible, tandis que le père coutumier ou vilain devait partager également ses biens entre ses enfants. Les fiefs se partageaient entre les nobles, d'après plusieurs coutumes, autrement qu'entre les roturiers. Ainsi, à Troyes, le fils aîné du gentilhomme avait seul droit à un préciput (1). Pendant un certain temps la veuve noble eut seule la facilité de renoncer à la communauté conjugale.

Les nobles jouissaient du droit exclusif d'être admis dans certains chapitres du royaume, par exemple dans ceux des églises cathédales de Lyon, de Mâcon, de Brioude, de St-Claude, de Strasbourg, etc., pour les hommes; dans ceux d'Alix, de Remiremont, de Neuville, etc., pour les femmes. En quelques lieux même, il ne suffisait pas d'être noble : il fallait, pour posséder un canonicat, faire preuve d'un certain nombre de degrés de noblesse, ou du moins être issu d'un père et d'une mère également nobles. Lorsque les bénéfices de ces chapitres étaient occupés par des roturiers, le gentilhomme, ayant d'ailleurs toutes les qualités requises, pouvait les obtenir à titre de dévolution.

Un autre privilége leur avait été accordé dans les universités. Par une fiction étrange que l'on ne saurait expliquer et qui étonnerait, si l'on ne savait combien le moyen-âge admettait de choses inexplicables, l'intelligence du noble était réputée plus vive et plus prompte que celle du roturier. En conséquence, le temps requis pour obtenir le grade de bachelier en droit civil et canonique, qui était fixé à cinq ans pour les roturiers, était réduit à trois en faveur des étudiants nobles, dont la qualité était prouvée par un certificat du juge ordinaire de leur lieu de naissance, dressé sur la déposition de quatre témoins.

On avait soutenu à une certaine époque que les nobles

(1) *Cout.* de Troyes, art. 14.

avaient aussi exclusivement le droit de chasse. C'était une grossière erreur. Il est bien vrai que, d'après l'ordonnance des eaux et forêts, tit. 30, art. 28, les roturiers ne pouvaient chasser ni sur leurs terres ni sur celles d'autrui. Mais le droit de chasse n'était pas un privilége attaché à la seule qualité de noble. On tenait au XVI° siècle que c'était un droit régalien, appartenant exclusivement au roi, qui le communiquait à tous autres par inféodation ou concession. Pour en jouir, il fallait donc posséder un fief. Mais la possession de tout fief ne l'entraînait pas. Les seigneurs hauts justiciers pouvaient seuls l'exercer, à l'exclusion de ceux de moyenne et de basse justice. A l'égard des premiers, c'était donc un privilége seigneurial. Il en était de même des droits de pêche et de colombier.

La noblesse jouissait encore d'un privilége de juridiction, quoique ce privilége n'eût pas pour effet de la soustraire absolument aux tribunaux de droit commun.

Le gentilhomme, vassal d'un seigneur, était, d'après *les Etablissements de St-Louis*, justiciable de la cour féodale de ce seigneur. Il en était de même à plus forte raison de celui qui résidait sur la terre d'un baron sans être lié à celui-ci par une obligation de féodalité. Mais, en cas de *faux jugement*, le gentilhomme avait le droit de déférer la sentence de la cour seigneuriale à celle du roi, d'accuser par conséquent de félonie les juges et les témoins, de les provoquer au combat judiciaire tant que l'usage du duel subsista. Il possédait donc ainsi un premier privilége, qui lui était accordé à raison de sa qualité, car le coutumier ou vilain ne pouvait se pourvoir d'aucune manière contre le jugement de son seigneur, sauf en matière de cas royaux.

Dans les dernières années du règne de St-Louis, on vit apparaître une seconde prétention exprimée par les nobles, celle d'être jugés par le souverain ou ses officiers, à

l'exclusion des juges seigneuriaux. Cette prétention ne pouvait être, bien entendu, formulée que par les gentilshommes dégagés de tout lien de vassalité vis-à-vis des seigneurs, car la loi féodale s'opposait énergiquement à ce qu'un vassal déclinât en première instance la juridiction de son suzerain immédiat. Elle fut accueillie et l'on vit, à partir de cette époque, les nobles porter leurs causes devant les prévôts ou baillis royaux. Certaines coutumes, comme celles de Senlis et de Lorraine, prirent même soin de régler la compétence à leur égard, en attribuant expressément la connaissance de leurs affaires aux tribunaux du roi.

Mais quels étaient ces tribunaux ? S'agissait-il des sénéchaussées et bailliages, c'est-à-dire des sièges supérieurs, ou des simples prévôtés, juridictions subalternes ? L'édit de Crémieu, de 1537, décida que les nobles seraient affranchis de ces justices inférieures, et qu'ils pourraient directement soumettre leurs causes, en première instance, aux baillis ou aux sénéchaux, à l'exclusion des prévôts. Mais cet édit respecta la juridiction seigneuriale en matière de fief, et les juges des barons continuèrent de connaître des affaires féodales des nobles qui étaient leurs justiciables, ainsi que l'indique la déclaration rendue postérieurement à l'édit pour mettre un terme aux discussions soulevées entre les seigneurs qui invoquaient leur droit de justice patrimoniale et les gentilshommes qui s'en prétendaient exonérés par l'ordonnance. En matière de fief, selon la vieille règle féodale, la compétence du seigneur l'emportait donc sur celle du roi (1).

(1) « Si aucune chose est du fief d'aucun seigneur, disaient les anciennes coutumes de Bourgogne, art. 23, le débat est entre les féaux de la chose, qui est du fief, se la main du souverain y est assise, et que le seigneur du fief quiert que la main du souverain soit ostée de la chose qui est de son fief, et que le débat demeure en sa main pour en faire droit, la main du souverain doit estre ostée et mise la main du seigneur du fief, se il est haut justicier, et que le fief soit en sa justice et seigneurie. »

Les gentilshommes ne pouvaient être traduits devant les tribunaux consulaires. Mais ils pouvaient y assigner ceux à qui ils avaient vendu des denrées provenant de leurs domaines (1).

Ils n'étaient, en aucun cas, ni pour aucun crime, justiciables des prévôts des maréchaux ou juges présidiaux en dernier ressort (2).

Dans les affaires criminelles, ils pouvaient en tout état de cause demander à être jugés par le parlement, la grand'chambre et la tournelle assemblée, qu'ils fussent nobles de race ou seulement anoblis (3). Quant aux pairs de France, ils ne pouvaient être jugés qne par le parlement suffisamment garni de pairs.

Il était interdit de les condamner au fouet ou à la corde. Lorsque le roturier était passible de la potence, le noble était décapité. Cependant il pouvait être pendu, si le crime dont il était reconnu coupable entraînait dérogeance, comme la trahison, le larcin, le parjure ou le faux. Certains auteurs soutenaient que les gentilshommes devaient être traités moins rigoureusement que les vilains, excepté lorsqu'ils avaient encouru une peine d'amende. Mais l'on comprend que cette opinion ne se fondait sur aucun texte précis de la législation. A ne consulter que la loi romaine, comme on le faisait surtout à partir du XVIe siècle, on aurait dû adopter le sentiment contraire. *Tunc enim augetur delictum dignitate, gradu, specie militiæ* (4).

Les étrangers nobles jouissaient en France des privilèges de la noblesse, même lorsqu'ils n'avaient pas obtenu de lettres de naturalisation. Ils étaient en effet, dans ce dernier cas, censés demeurer dans notre pays avec la

(1) Ord. de 1673, tit. XII, art. X.

(2) Déclar. du 5 févr. 1731.

(3) Ordonnance de 1670, tit I, art. XXI.

(4) L. 2. *Dig. de re milit.*

qualité qu'ils possédaient dans le leur. La noblesse était essentiellement inhérente à la personne. Quand ils avaient été naturalisés, on présumait que les lettres de naturalité les avaient maintenus dans leur condition primitive.

Le Français anobli par un souverain étranger n'avait aucun droit à ces priviléges, s'il conservait sa nationalité, à moins d'obtenir du roi des lettres de confirmation de noblesse dûment enregistrées. Si, au contraire, il adoptait une nationalité étrangère, il devait être traité en France comme les autres étrangers.

§ V. *Comment se perdait et se recouvrait la noblesse*

Diverses causes pouvaient faire perdre la noblesse à celui qui en était revêtu.

Parmi ces causes, il fallait, en premier lieu, placer la dégradation. Un crime ne suffisait pas pour priver un noble de sa qualité, même lorsqu'il était suivi d'une condamnation infamante. Il était nécessaire que le jugement qui prononçait cette condamnation prononçât en même temps la dégradation du condamné. C'était du moins l'opinion professée par les jurisconsultes les plus récents et par les parlements, contrairement à la doctrine des auteurs plus anciens. Mais, en principe, le noble condamné à la mort naturelle ou civile était dégradé de plein droit. Toutefois, le gentilhomme condamné à avoir la tête tranchée transmettait sa noblesse à ses enfants, à la différence de celui qui était pendu, et qui était réputé, par là, dégradé ; la postérité de celui-ci, née depuis l'exécution, était obligée de solliciter des lettres de réhabilitation, pour rentrer dans la jouissance des priviléges nobiliaires. La condamnation à mort, pour simple délit militaire, par un jugement de conseil de guerre n'emportait pas infamie, et en conséquence n'entraînait pas la dégradation.

La destitution d'un office emportant anoblissement n'était point non plus considérée, d'après Pothier, comme une dégradation ; selon Loyseau, au contraire, elle produisait les mêmes effets que celle-ci, et faisait perdre à l'officier révoqué le bénéfice de la durée de ses services.

En second lieu, la noblesse s'éteignait par la dérogeance, c'est-à-dire par l'exercice d'un métier, d'un art ou d'une profession incompatible avec la dignité de noble. En principe, tout art manuel ou mécanique était une cause de dérogeance. « Le propre de la noblesse, disait Loyseau, est de vivre de ses rentes. » Cette expression n'était pas très exacte, ou du moins ne doit pas être interprétée en ce sens que l'oisiveté était imposée au gentilhomme. Elle signifiait seulement que, sauf en ce qui concerne le service militaire, il ne devait pas vendre ou louer son travail.

En appliquant cette maxime à la culture du sol, on décidait que le noble ne perdait pas sa qualité, lorsqu'il labourait ses propres terres, mais qu'il dérogeait lorsqu'il louait, sous son nom, ou celui d'une personne interposée, le fond d'autrui pour le cultiver. Une ordonnance de François Ier, de 1540, avait posé le principe. Celle d'Orléans renouvela la défense vingt ans après. L'ordonnance de Blois l'étendit spécialement aux terres ecclésiastiques. Mais les nobles pouvaient, sans déroger, prendre à ferme les terres ou les revenus du roi et des princes du sang (1). Il leur était de même interdit de cautionner les fermiers des particuliers.

On avait fait en faveur de la verrerie une exception au principe que les arts mécaniques dérogeaient à la noblesse, et l'on en a même conclu, mais à tort, que la profession de verrier anoblissait. Quelques gentilshommes de Champagne qui travaillaient à la fabrication du verre,

(1) Arrêts de 1667, 1668, 1720.

ayant obtenu de Philippe-le-Bel des lettres portant dispense de dérogeance, tous les verriers des autres provinces sollicitèrent à leur exemple la même immunité, qui leur fut accordée sans difficulté, dans le but de favoriser le développement d'une industrie naissante. La jurisprudence a constamment maintenu les gentilshommes verriers en possession de ce privilége (1), mais en ayant soin de le restreindre à ceux qui étaient déjà nobles avant de se livrer à cette industrie.

L'état d'ouvrier monnayeur emportait dérogeance, d'après une ordonnance de Henri III, bien que Philippe-le-Bel et François Ier aient déchargé ces ouvriers de toutes charges personnelles, même de la taille. Mais les maîtres et gardes des hôtels des monnaies ne perdaient pas leur noblesse. Il en était de même des imprimeurs. Plusieurs édits et lettres-patentes, de 1548, 1552, 1601, 1722, avaient accordé une faveur semblable aux nobles associés ou intéressés à l'exploitation des mines.

La profession de sergent, huissier, procureur ou greffier dans un siége inférieur de justice, emportait aussi dérogeance. Loyseau y ajoutait même celle de notaire, malgré de nombreuses décisions contraires. Mais les greffiers des cours souveraines et des tribunaux royaux, les procureurs aux parlements et les avocats postulants dans les juridictions subalternes conservaient leur noblesse. Enfin la domesticité du roi et des princes du sang n'était pas considérée comme une cause de dérogeance.

La jurisprudence avait réservé toutes ses rigueurs pour le commerce, sauf en Bretagne où, en remplissant certaines formalités, les nobles pouvaient librement se livrer au négoce, sans perdre leurs priviléges, qui *sommeillaient* pendant la durée de leur trafic. A l'origine, tout commerce dérogeait à la noblesse. C'était la profession vile et sor-

(1) Arrêts de 1582, 1597, 1601.

dide par excellence, peut-être parce qu'elle était surtout exercée par les Juifs, les Lombards et les étrangers. Cependant un premier édit d'août 1667 autorisa les nobles à se livrer au commerce par mer sans déroger, et un second leur permit, en décembre 1701, de faire tout trafic en gros, tant à l'intérieur qu'au dehors du royaume, pour leur compte ou par commission. Les magistrats furent seuls exceptés de cette faveur, plusieurs fois sollicitée par les grandes cités commerçantes de la France. Il est inutile d'ajouter que le gentilhomme qui faisait banqueroute était frappé de dérogeance et l'on estimait qu'il devait en être de même de l'héritier en ligne directe qui refusait de payer les dettes de son auteur.

La dérogeance ne constituait pas une perte absolue de la noblesse. Elle en produisait plutôt la suspension. Par conséquent, on pouvait la recouvrir en cessant les actes dérogeants et en obtenant des lettres de réhabilitation. Celles-ci avaient pour objet de constater à la fois la cessation des actes qui avaient suspendu la noblesse et la volonté persévérante du prince de rendre les priviléges nobiliaires au noble qui en avait été momentanément dépouillé. Les lettres de réhabilitation, adressées à une compagnie souveraine pour vérifier si l'impétrant était issu d'une souche noble, étaient ensuite entérinées, ou enregistrées comme les lettres d'anoblissement. Les enfants nés ou même conçus avant la dérogeance de leur père n'en avaient pas besoin (1). Mais ceux dont le père et l'aïeul avaient dérogé devaient en obtenir pour être maintenus dans la qualité de noble; ils ne pouvaient remonter directement, en franchissant ces deux degrés intermédiaires, à la noblesse de leur bisaïeul. On considérait cependant que ces lettres suffisaient en ce cas, et qu'il n'était pas nécessaire de leur accorder de nouvelles lettres d'anoblissement.

(1) Réglement de 1661, art. 8 ; La Roque, *Traité de la noblesse* ch. CXXIX.

CHAPITRE III

BOURGEOIS

Décrivant au XVI[e] siècle la constitution politique de la France, des ambassadeurs Vénitiens écrivaient : « Ce qu'on nomme Etats du royaume consiste en trois ordres de personnes qui sont le clergé d'abord, puis la noblesse, puis tout le reste de la population. Le Tiers Etat, qui n'a pas de nom particulier, peut être appelé d'un nom général l'*Etat du peuple.* » Quand Louis XVI convoqua les derniers Etats généraux, il désigna comme ayant droit d'assister aux assemblées électorales du Tiers « tous les habitants des villes, bourgs et campagnes, nés Français ou naturalisés, âgés de 25 ans, domiciliés et compris au rôle des impositions. » Pourquoi donc, demandera-t-on, distinguer au sein de cet ordre et ne pas confondre tous ses membres sous la dénomination générique de *peuple* ? C'est que le Tiers-Etat comprenait deux classes bien distinctes, l'une composée d'hommes libres, jouissant de certains droits et de certaines faveurs; l'autre d'hommes astreints à des services et à une condition serviles. Ces deux classes étaient également roturières, mais la première se formait de la partie privilégiée, *arrivée* du peuple; elle possédait des droits civils qui étaient refusés au serf ou au mortaillable et, par suite, occupait dans la hiérarchie sociale un rang supérieur à l'homme qui n'avait pas encore rompu les liens de la servitude. Elle doit donc, parmi les régnicoles, être placée à égale distance du clergé et de la noblesse d'une part, des hommes de poursuite et des mainmortables de l'autre. C'est à elle que notre ancien droit réservait le nom de *bourgeoisie.*

§ I. *Origine de la bourgeoisie*

Comment cette classe spéciale du Tiers-Etat s'est-elle formée ? Pour répondre à cette question, il faut remonter plusieurs siècles en arrière.

Quand on étudie la société gallo-franke au moment de la longue crise sociale qui eut pour dernier terme l'avénement de la féodalité, on est frappé d'un phénomène très apparent, c'est que la distinction des races a disparu, c'est qu'entre les descendants des barbares et ceux des Romains toutes les conséquences légales de la diversité d'origine ont cessé d'exister. Au lieu de nationalités diverses, on ne rencontre plus qu'une population mixte dont la condition n'est plus déterminée par une loi personnelle, mais par le territoire qu'elle habite, par la force qu'elle peut déployer, par les murailles derrière lesquelles elle est allée chercher un abri. D'une part, la souveraineté, la juridiction, la propriété se sont morcelées, l'idée de liberté, de privilége, de noblesse s'est de plus en plus attachée à l'exercice des armes ; de l'autre les rapports sociaux se sont singulièrement simplifiés. Quand les individus ne peuvent trouver sécurité qu'auprès d'individus plus puissants, les conditions se réduisent en quelque sorte systématiquement à deux, l'aristocratie et la servitude. Entre elles, il semble qu'il ne puisse exister aucune classe intermédiaire : l'homme libre, indépendant, assujeti non à des volontés, mais à des lois, doit fatalement disparaître.

Mais les choses humaines n'ont pas toujours cette précision rigoureuse et cette logique. Les faits ne sont jamais assez absolus qu'ils ne comportent un certain nombre d'exceptions. Il en fut ainsi en France, au point de vue de l'état des personnes, aux xe et xie siècles. D'une part, dans le midi, beaucoup de cités avaient, à travers les âges,

conservé sinon l'organisation complète, du moins de nombreux vestiges de l'ancien municipe romain. Au régime héréditaire et aristocratique de la curie, le temps avait substitué dans ces villes un gouvernement électif et, à différents degrés, populaire. Elles avaient leurs officiers municipaux, leurs consuls, leurs défenseurs et, par cela même qu'elles avaient des défenseurs, il faut supposer que leurs habitants jouissaient d'une liberté civile immémoriale, disputée sans doute, mais sans cesse revendiquée et par conséquent non prescrite.

D'un autre côté, au nord et au centre, les vieilles cités romaines n'avaient perdu ni leurs habitants, ni leurs épaisses murailles, plus d'une fois renforcées pour résister aux Normands ou aux Sarrasins, ni même la constitution et la juridiction municipales qui garantissaient leurs franchises. Les citadins qui avaient obtenu sous Charlemagne le droit d'avoir, sous le nom de *scabins*, de véritables juges, statuant sur leurs contestations avec les comtes, étaient libres, puisque ces magistrats, choisis dans leur sein, appliquaient leurs propres lois, et, par le fait même de cette liberté, ils se trouvèrent plus forts, mieux trempés pour se défendre, quand les comtes tentèrent de briser jusqu'au souvenir de ces institutions municipales, en substituant aux *scabins* ou aux échevins leurs propres vassaux, appelés à siéger dans la cour seigneuriale.

Enfin, entre ces villes du nord et du midi, toutes plus ou moins imbues des traditions romaines, il se forma dans les bourg fermés et jusque dans les campagnes, au sein de la population servile et même sur les terres des seigneurs, des agglomérations d'hommes qui ne se contentèrent pas d'être les détenteurs sans liberté du sol qu'ils habitaient ou qu'ils cultivaient, mais qui voulurent affranchir la terre et par suite les personnes, soit en résistant ouvertement à leurs seigneurs, soit en traitant avec eux,

en un mot en conquérant, de gré ou de force, par un acte complet ou par des concessions successives, l'indépendance qui leur garantissait la jouissance des droits civils. Quelques-unes même — ce furent assurément les moins nombreuses — invoquèrent dans ce but l'oubli, la désuétude, le non-usage, mais en fait parvinrent à un semblable résultat. Enrichies par l'industrie et le commerce, ces agglomérations avaient acquis, dans les villes surtout, une véritable importance, en prêtant de l'argent aux seigneurs, ou en leur achetant leurs terres au moment de leur départ pour les croisades. En échange de ces prêts ou de ces acquisitions, elles avaient stipulé que des priviléges leur seraient accordés. La monarchie comprit tout le parti qu'elle pouvait tirer de ces nouvelles recrues populaires contre la féodalité. Elle s'allia donc avec elles et leur concéda elle-même des chartes de commune. Ainsi, tradition romaine, insurrection des bourgeois, concessions seigneuriales ou royales, telles furent les sources diverses du Tiers-Etat ou, pour mieux parler, de la bourgeoisie.

En mettant à part la région du midi où, par imitation des cités municipales d'Italie, les villes se constituent aux XIIe et XIIIe siècles en véritables souverainetés et affectent une organisation républicaine, le mouvement communal n'eut d'autre but que de protéger les habitants contre les vexations des seigneurs et de mettre fin aux troubles et aux guerres domestiques que ces abus de pouvoir occasionnaient. Si le mot *bourgeois* vient, comme on l'a dit, de *borg*, garant, la bourgeoisie ne fut qu'une association mutuelle des membres de la commune contre la tyrannie féodale. *Commune, mot nouveau et détestable*, disait au XIIe siècle Guibert de Nogent, en parlant au nom des barons. Ce fut en effet un grand étonnement pour ceux-ci de voir de pacifiques marchands organiser militairement la résistance et s'assurer réciproquement leur garantie, sous la foi du serment, pour obtenir l'apaisement des

maux qui avaient lassé leur patience. Pour ces humbles *conjurés*, commune veut au contraire signifier *paix*, *trève*, *amitié* (1). Ils diront l'*amitié* de Lille, l'*amitié* de Rouen, pour désigner les bourgeois de Lille, de Rouen. Qu'elle dérive de l'insurrection ou d'une libre concession, la commune est un pacte de paix conclu à l'exemple de la *paix de Dieu* que constituent à ce moment même les conciles (2) et de la *quarantaine le Roi*, qui se propose de suspendre, sinon d'arrêter, les luttes privées. Les jurés de la commune sont appelés les hommes de la paix, *paciarii*, *paiseurs*, et la banlieue de la commune est l'enceinte pacifique, *pax villæ*, *terminus pacis*. C'est la ghilde germanique qui au nord sert peut-être de noyau, en tout cas de puissant instrument à la commune et qui fait prêter à ses membres le serment de conjuration et de paix, mais d'une paix armée : « Eux jurèrent, disent les établissements de la commune de St-Quentin, ensemble chacun commun aide à son juré et commun conseil, et commune assistance et commune défense. — Ensemble nous avons établi que quiconque en notre commune entrera et aide du sien nous donnera, soit pour cause de fuite ou de peur des ennemis ou de tout autre forfait, mais qu'il ne soit accoutumé à mauvaisetié, en la commune pourra entrer, car la porte est ouverte à tous, et si son seigneur à tort ses choses aura détenu et ne les voudra détenir à droit, *nous en exécuterons justice.* »

(1) *Amicitia, communia jurata.* (Carpentier, *Supplément au glossaire* de Du Cange; charte de Laon, de 1128, dans les *Ordonnances des rois de France*, t. XI, p. 185 et charte de Tournai, de 1187, dans les *Ordonnances des rois de France*, t. XI, p. 248.

(2) Les chartes de commune n'apparaissent en effet qu'au moment où l'Eglise proclame la trève de Dieu. V. Concile général de Lat an, de 1123, qui confirma les dispositions prises par les pontifes romains à cet égard. On peut donc dire que le grand mouvement de l'affranchissement des communes a été préparé par l'Eglise catholique, notamment par les papes Adrien IV et Alexandre III. La liberté française vient en partie du St-Siége : le tronc en est germanique, mais la greffe en est chrétienne.

La *commune jurée* avait donc pour objet principal de reconquérir la paix et, avec elle, la jouissance de cette liberté toute matérielle d'aller et de venir, d'acheter, de vendre, de donner, de tester, de transmettre ses biens à ses enfants, que les bourgeois du nord possédaient en droit, mais qu'ils n'exerçaient plus en fait, car elle leur était violemment et quotidiennement disputée. La sûreté personnelle, la sécurité du logis domestique, la faculté d'acquérir et de conserver, la justice surtout, ce premier besoin des peuples naissants et ce dernier espoir des nations vieillies, une égale, large et impartiale justice qui n'empiète plus sur leurs droits, mais qui rompe les limites mal définies des juridictions seigneuriales, voilà ce que l'intelligence de ces bourgeois leur représente comme le but le plus élevé de l'ambition humaine, et voilà ce qu'ils obtiendront, car il n'y a de tyrannie durable que les tyrannies méritées.

Aussi, à travers l'infinie variété que revêtit la révolution communale, on voit se manifester une pensée unique, non celle d'édifier sur les ruines de la féodalité une constitution municipale qui fasse de la cité une image de ces républiques italiennes auxquelles on a, bien à tort, comparé les communes picardes et flamandes, mais seulement de garantir la liberté des personnes et des biens, de stipuler des exemptions de charges et d'édicter des lois de police, de placer surtout l'indépendance de chacun des communiers sous la tutelle et la juridiction de magistrats choisis parmi eux, qui seront leurs pairs, leurs associés, leurs *jurés*. Toute la partie politique des chartes de commune n'est, à vrai dire, destinée qu'à sanctionner la restitution ou la conquête de la liberté matérielle et des droits civils du citoyen. Elle n'introduit un nouveau régime constitutionnel que pour mieux protéger les franchises civiles. C'est pourquoi ces chartes se taisent le plus souvent sur les conditions et les détails de l'organisation intérieure

de la communauté. Il suffit qu'elles en proclament l'existence légale et qu'elles lui reconnaissent droit de juridiction sur ses membres. Plus tard, la royauté songera à régler et à discipliner cette organisation (1); mais à l'origine le pacte communal ne se préoccupe que de poser le principe de l'autonomie et de l'indépendance. Souvent même, il le bégaie plus encore qu'il ne l'affirme, au grand étonnement des historiens qui n'estiment que les développements méthodiques et réfléchis. Pour qui s'arrête aux dehors simples, grossiers, naïfs, à la langue rudimentaire de la plupart des chartes de commune, c'est le chaos; mais pour celui qui va au delà, ce chaos est plein de séve et de vie; c'est la glaire féconde où un être se prépare à l'existence, embryon et germe encore, mais déjà doué d'une cohésion, d'une unité d'où sortiront plus tard ses organes essentiels, et qui est déjà comme l'âme de ce corps à demi formé :

Est Deus in nobis, agitante calescimus illo.

(1) L'ordonnance de 1256 organisa les communes sur un plan uniforme et détermina les conditions et le mode d'élection des maires, ainsi que les règles de la comptabilité communale. (*Ord. des rois de France*, t. I, p. 682). Il fut défendu aux communes de donner ou de prêter, sans l'autorisation du roi, autre chose que du vin en barils ou en pots. Les deniers communs durent être placés dans un coffre, et personne ne put y toucher, hormis le gardien ou trésorier; encore ne put-il garder entre ses mains que 20 livres à la fois. Cette ordonnance reconnut donc le principe de l'inaliénabilité de patrimoine communal, déjà consacré par la loi romaine et qu'affirmèrent de nouveau Beaumanoir et Boutillier. On déduisit plus tard de ce principe que les biens communaux étaient impartageables. Assimilés aux biens des corps ecclésiastiques, ils furent frappés d'une sorte de substitution indéfinie en faveur des habitants des communes. Toutefois, l'autorisation du pouvoir souverain pouvait couvrir les infractions à cette règle générale. Elle était également nécessaire aux communes pour transiger. En résumé, à partir de la fin du XIIIe siècle, les communes furent placées sous la tutelle du roi, qui se déclara leur protecteur, non seulement pour celles qui étaient établies dans ses domaines, mais aussi pour celles qui s'étaient formées dans les terres des grands feudataires. Ce fut la cause du développement pris depuis Philippe-le-Bel par la centralisation administrative.

Ce qui démontre bien que le mouvement communal, dans les contrées où il revêtit une forme insurrectionnelle, n'eut pour cause que le besoin éprouvé par les bourgeois de se protéger contre les abus de pouvoir des seigneurs par un privilége de juridiction, c'est que dans les domaines de la couronne où ces abus n'existaient pas, et où la justice royale semblait aux habitants une garantie suffisante, un grand nombre de chartes dites de commune ne furent en réalité, au XII[e] siècle, que de simples chartes d'affranchissement ou, tout au moins, de simples exemptions de charges, sans concession des droits d'administration et de juridiction. La célèbre charte de Lorris en Gâtinais, donnée par Louis VII en 1155, et qui parait n'avoir été que la répétition d'une précédente accordée par Louis le Gros, est le type de ces concessions très libérales au point de vue civil, absolument muettes au point de vue des attributions administratives et judiciaires. Parmi les sept chartes royales, accordées à la ville d'Orléans de 1051 à 1300, et dont l'une abolit le droit de mainmorte, dont l'autre édicta la liberté du commerce, dont une troisième permit aux bourgeois de ne pas aller plaider plus loin qu'Etampes ou Lorris, aucune ne réveille la moindre idée d'une constitution municipale; toutes au contraire supposent le maintien du prévôt, du bailli et des sergents du roi, c'est à dire réservent les droits de la juridiction royale.

Quoiqu'il en soit, ainsi que je l'ai déjà dit, on se tracerait une très fausse image de cette grande révolution sociale, si l'on ne lui attribuait d'autre origine que la réaction violente et la lutte ouverte contre les seigneurs. Cette thèse, brillamment soutenue par M. Augustin Thierry, est démentie péremptoirement par les faits. Si l'acte fondamental des communes fut la confédération par serment, la *conjuration*, cette alliance des habitants d'une même ville, contractée dans le but d'obtenir des franchises

nouvelles ou la reconnaissance d'immunités héréditaires, eut fréquemment lieu sans troubles, sans insurrection, sans violence; ici, elle fut le résultat d'une convention purement pacifique; là, elle fut provoquée par l'initiative royale qui alla au devant des désirs populaires; ailleurs enfin, elle s'établit à la suite de traités avec les seigneurs, de transactions et d'achat de priviléges. La différence de région amena cette différence d'origine. Au nord, la commune naquit du soulèvement des bourgeois; dans l'Ile de France et dans les domaines de la couronne, elle sortit spontanément de la faveur royale; dans la région intermédiaire entre l'association jurée des Flandres et les consulats du midi, à l'est et au centre, la contagion de l'exemple la porta aux populations urbaines qui s'empressèrent de s'en assurer le bienfait en traitant directement avec leurs seigneurs. Peut-être, pour ces dernières contrées, le mouvement communal trouva-t-il un précieux agent de transmission dans les nombreuses confréries de laïques, frères *pontifes*, frères *du St-Esprit*, qui se répandaient sur le sol de la France pour se livrer à des œuvres d'utilité publique, et qui, favorisées d'abord par l'Eglise, trouvèrent ensuite en elle un énergique adversaire, lorsque, déviant de leur but originaire, elles se furent transformées, selon l'expression d'un document contemporain, en « factions et conspirations. » Peut-être ces sociétés plus ou moins secrètes fournirent-elles les missionnaires les plus actifs du nouvel Evangile communal. Ce qu'il y a de certain, c'est que des villes très éloignées les unes des autres adoptèrent une rédaction identique pour la charte de leur commune et que quelques unes même prirent soin d'indiquer le modèle dont elles avaient fait usage pour l'établissement de leurs statuts municipaux (1), afin d'y recourir en cas de besoin. Ces

(1) En 1183, les habitants de Dijon obtinrent de leur duc Hugues III l'autorisation de s'organiser en commune, sous la ga-

chartes d'imitation furent le plus souvent achetées à beaux deniers comptants. La non gratuité était l'essence même du contrat (1). La bourgeoisie acheta la consolidation ou l'accroissement de ses droits civils comme les serfs achetaient leur liberté. Le tribut payé au seigneur était si bien le prix de la concession que, dans un certain nombre de chartes, le seigneur concédant s'engagea à le restituer, dans le cas où il viendrait à enfreindre les clauses du contrat, restitution qui devait être appréciée par la cour du roi, protecteur et garant de la commune (2). Lorsque, plus libéral en apparence, il ne stipula d'autre redevance que les tailles et prestations accoutumées, c'est que sa concession avait un autre but, celui de détacher les nouveaux bourgeois d'un parti rival ou hostile, ou d'attirer parmi eux, au sein de ses domaines qui profiteront de ce voisinage, de nombreux étrangers (3).

La révolution communale ne se restreignit point d'ailleurs aux villes qui en furent pourtant, il faut le reconnaître, plus particulièrement le théâtre. Elle gagna aussi les campagnes, quoiqu'à un moindre degré. Ce qui a pu

rantie du roi de France, et d'après la charte de Soissons, dont une copie authentique fut déposée par eux dans leurs archives. Cette charte, qui date de 1116, avait été elle-même empruntée en grande partie à celles de Beauvais (1096), de Saint-Quentin (1101), de Laon (1108), d'Amiens (1113), et servit aussi de modèle aux communes bourguignonnes de Beaune (1203), de Montbard (1231), de Semur-en-Auxois (1276).

(1) Les Dijonnais payèrent leur charte de commune d'un tribut annuel de 500 marcs d'argent (168,000 fr. de notre monnaie actuelle). Les habitants de Beaune s'engagèrent à verser au trésor ducal 200 marcs par an. A Auxerre, qui n'eut pas de commune, mais une simple communauté, garantie par certains privilèges, comme celui d'élire un conseil de douze bourgeois et un prévôt chargé de l'administration urbaine, la ville prit à ferme, moyennant 2000 livres provinoises, la recette des droits perçus par le seigneur. A Joigny, l'affranchissement fut payé 4000 livres petits tournois. A Chalon-sur-Saône, la taille fut remplacée par une prestation individuelle et annuelle de 15 sols.

(2) Chartes de Dijon, de Beaune, de Semur.

(3) V. Charte de Talant, près Dijon, de 1216.

faire croire le contraire, c'est que la plupart des agglomérations rurales qui obtinrent le droit de commune prirent le nom de villes à partir de cette concession. L'attrait de la liberté municipale était trop puissant et la société avait trop besoin de sécurité pour que les communautés villageoises n'aspirassent point aux franchises des villes fermées. Lorsque le *Roman de Rou* mettait dans la bouche des vilains ce cri haineux contre les nobles :

Nous sommes hommes comme ils sont,
Tels membres avons comme ils ont,
Et altresi grands cœurs avons
Et altretant souffrir pouvons,
Ne nus faut fors cœur seulement,

il n'exprimait pas seulement la pensée des serfs, il se faisait aussi l'écho des hommes libres disséminés au milieu des champs. Mais ces hommes devenaient de plus en plus rares, sans que la race s'épuisât : ce qui s'épuisait, c'était, avec le prix qu'ils pouvaient y mettre, le respect de leur liberté. Aussi les chartes de commune accordées à de simples villages sont-elles assez rares au XIIe siècle. On peut pourtant en citer plusieurs exemples. Des bourgs obtinrent aussi d'être incorporés aux cités de leur voisinage qui jouissaient de l'indépendance municipale, et participèrent à leurs charges comme à leurs droits. La liberté civile franchit les étroites murailles dans lesquelles on l'avait enserrée à l'origine ; elle s'étendit de proche en proche, malgré le soin jaloux avec lequel la bourgeoisie se la réservait comme un privilége ; elle relia parfois la population de tout un territoire, comme la *centaine* Mérovingienne unissait en un faisceau unique les hommes libres dispersés dans leurs demeures isolées au milieu de la campagne. Ainsi l'on vit les habitants de vingt villages de la banlieue de Pontarlier (Doubs) s'asso-

cier aux dépenses de l'administration de leur petite métropole, afin de partager ses immunités, prendre le titre de *barons* comme les bourgeois eux-mêmes et se constituer en une association, le *baroichage*. Mais, en dehors de ces faits presque exceptionnels, les prétendues chartes de commune accordées à des communautés rurales ne furent que de simples chartes d'affranchissement, émanées des seigneurs à titre onéreux ou gratuit. La révolution rapide et sympathique qui restitua aux cités la vie des vieux municipes émut sans doute les populations rurales ; elle ne les pénétra point et ne fit que les effleurer. Ce fut l'institution de la *bourgeoisie du roi* qui les assimila plus ou moins complètement, à cet égard, aux habitants des cités.

§ II. *Conditions nécessaires pour acquerir le droit de bourgeoisie*

D'après le droit commun, emprunté à cet égard à la loi romaine, on devenait bourgeois d'une ville en y recevant le jour d'un père et d'une mère bourgeois qui y étaient domiciliés. Dans plusieurs lieux, comme à Lille, à Douai, dans le ressort de la coutume de Bailleul, à Sedan, à Calais, cependant, il ne suffisait pas d'être né de parents bourgeois, il fallait en outre payer une certaine finance soit au seigneur, soit aux magistrats municipaux, ou se faire admettre par ceux-ci, en leur prêtant serment (1). Ces derniers ne pouvaient, sans cause raisonnable, repousser le récipiendaire.

Le droit de bourgeoisie s'acquérait également par une résidence d'un an et un jour dans une ville de commune (2),

(1) V. *Cout.* de Châtillon-sur-Seine, art. 162 (Garnier, *Chartes de commune de Bourgogne*, t. I[er], p. 403); chartes de Montbard de 1231 (*Id.* t. II, p. 98); de Pontailler, de 1257. (*Id.* t. II, p. 301.)

(2) *Cout.* de Paris, art. 173 et Brodeau sur cet art.; Dumoulin, sur l'ancien style du parlement de Paris, part. III, tit. XLV, § 1; Boërius, *décis.* 260. V. du reste *infra* II, *bourgeois du roi.*

ou, dans certains pays, par le mariage avec un bourgeois ou une bourgeoise (1), mais à la condition, selon quelques coutumes, de célébrer ou de consommer l'union conjugale dans la cité (2). Nous verrons plus loin que, d'après l'ordonnance de 1287, la résidence d'un an et jour ne suffisait pas, si elle n'était accompagnée de lettres de bourgeoisie. A Lyon, les étrangers ne jouissaient de ce droit et des privilèges qui y étaient attachés qu'après s'être fait inscrire sur les registres municipaux, après avoir fourni une déclaration de leurs biens et avoir résidé dans la ville pendant dix ans consécutifs (3). Nous verrons aussi plus loin, au § III, qu'on obtenait le titre de *bourgeois du roi* par une concession particulière du prince ou par aveu.

Enfin, dans les premiers temps qui suivirent la fondation des communes, et jusqu'à l'ordonnance précitée de 1287, il était permis de recevoir dans la bourgeoisie des villes des personnes domiciliées ailleurs et qui prenaient pour ce motif le nom de *bourgeois forains*. Mais cette faculté, condamnée par la royauté, ne tarda point à disparaître, sauf dans les Flandres.

En résumé, il y avait deux manières d'acquérir la bourgeoisie : l'une en vertu d'une concession générale et primordiale, accordée à tous les habitants d'un lieu ; l'autre en vertu d'une concession spéciale, faite à une personne déterminée. La première était la bourgeoisie de ville ou réelle ; la seconde était la bourgeoisie du roi ou personnelle.

(1) *Cout.* de Bergues St-Winock, rubr. v, art. 12 ; de la Gorgue, rubr. ii, art. 5; d'Aire, art. 2.

(2) *Cout.* de Bailleul, rubr. iii, art. 3 et 4 ; d'Etaires, art. 9.

(3) Déclaration du 6 août 1669 ; arrêts du conseil des 15 juin 1688, 27 août 1697 et 4 mai 1728.

§ III. *Droits, privilèges et exemptions des bourgeois*

Pour posséder les droits attachés à la bourgeoisie, il n'était donc pas nécessaire, au moins à l'origine, quoique que ce fût le cas le plus fréquent, de résider dans une cité; on pouvait en jouir dans un simple village. Le bourgeois n'était pas, comme on l'a souvent répété, l'habitant d'une ville. C'était, en général, celui qui était associé par la commune, par des lettres spéciales ou par une concession du souverain aux franchises d'un lieu jouissant du droit de bourgeoisie. Ce lien le distinguait du *manant*, *manens*, celui qui réside. Tout homme franc, ainsi agrégé et payant, sauf exemption particulière, la taxe de bourgeoisie ou la *cense*, comme on l'appelait en quelques pays, était bourgeois. Il l'était de la commune, du roi ou du seigneur à qui cette cense était payée et qui lui assurait en échange des droits, des privilèges et des garanties. A cet égard, on peut distinguer trois catégories de bourgeois, ceux des communes, ceux du roi et ceux des seigneurs. Mais ces catégories doivent en réalité se réduire aux deux premières, la troisième n'étant qu'une variété de celles-ci. J'en ferai pourtant l'objet d'une étude à part, parce que le terme de bourgeois des seigneurs a souvent reçu une acception particulière.

I. — *Bourgeois des communes.* — On s'est étonné que les *Etablissements de St-Louis* n'aient pas une seule fois prononcé le nom de bourgeois. Leur silence est facile à expliquer. Ce recueil ne traite, comme un siècle plus tard la *Somme rurale* de Boutillier, que du droit féodal et coutumier dans son application aux personnes et aux choses de la campagne. S'il néglige les villes et ne semble pas soupçonner l'existence des communes, il ne faut pas en conclure que la bourgeoisie soit en dehors de la vie

civile, au contraire ; ses droits sont si incontestés qu'ils n'ont pas besoin de démonstration ; en tout cas, la place de cette démonstration n'est pas dans un traité de la législation féodale et rurale.

D'autre part, quand on parcourt les premières chartes communales, on n'éprouve pas une moindre surprise en n'y rencontrant qu'un très petit nombre de dispositions relatives au pur droit civil, à la condition des personnes ou des biens. Presque tous les articles de ces constitutions municipales ne concernent, ainsi que nous l'avons vu plus haut, que les devoirs des citoyens entre eux, les obligations qu'ils imposent à leur ancien seigneur ou qu'ils contractent envers lui, les garanties qu'il leur offre et les peines portées contre les infractions à la loi de la commune ou contre les attentats dont ses membres peuvent être les victimes. Comme la loi salique, comme la plupart des capitulaires de Charlemagne eux-mêmes, ces chartes ne sont au fond que des lois d'instruction criminelle ou des lois pénales (1). C'est à peine si, par hasard, on voit apparaître deux ou trois règles relatives aux intérêts civils ou à la condition des habitants. Pour les principes essentiels de leur vie juridique, il semble qu'on s'en réfère tout naïvement au droit

(1) On peut vérifier ce fait dans les chartes de commune de Beauvais, de Soissons, de St-Quentin, de Laon, d'Amiens, de Dijon. A Vézelay, le traité conclu en 1222 par les bourgeois avec leur seigneur ne fait guère allusion, au point de vue civil, qu'à l'affranchissement du droit de mainmorte, à la distinction des hommes libres et des serfs, aux changeurs et à leurs droits, aux redevances dues par les habitants pour les chevaux de leur seigneur. A Sens, la charte de 1189 s'étend plus longuement sur les immunités et les devoirs des communiers, parce que le roi avait intérêt à ménager les droits de l'archevêque qui, dans la vieille cité Sénonaise, étaient presque égaux aux siens. Mais elle se préoccupe surtout d'organiser la procédure et la compétence de la justice municipale, de punir les délits contre la commune et les offenses faites à ses membres. Il en est ainsi dans les statuts des villes de consulat au midi, et même dans les chartes de franchise accordées aux villes du centre par la royauté.

RÉGNICOLES POSSÉDANT TOUS LES DROITS CIVILS

I. Pourquoi ce silence presque absolu sur les droits attachés à la bourgeoisie, et faut-il en conclure soit étaient ceux des nobles, soit qu'ils ne dépassaient pas ceux des serfs, en d'autres termes qu'ils n'existaient pas ? Ni l'une ni l'autre de ces conclusions ne serait exacte. Les chartes de commune se sont tues, pour la plupart, sur la condition civile de la bourgeoisie, parce que cette condition était réglée, au nord, par les usages ou les plus anciennes coutumes, au midi, par le droit écrit. Un grand nombre de chartes débutent par ces mots, que j'emprunte à celle de Soissons : « Que tous, présents et futurs, connaissent ici les coutumes de la commune. *Noverint universi presentes et futuri quod hæc instituta et has habet consuetudines communia Suessionis.* » Ces mots ne sont qu'une vaine apparence. Il existait d'autres usages que ceux dont le traité communal déclarait constater l'existence, des usages non écrits, mais qui n'en avaient pas moins force de loi. C'est dans ces usages immémoriaux que la bourgeoisie trouvait son droit civil, hostile à celui de la classe nobiliaire, et qui en différait par son essence autant que par son antériorité. Il lui était étranger, car il avait pour base l'équité naturelle, sans mélange de préoccupations politiques ; il lui était antérieur, puisque le droit féodal, exclusivement créé pour régir les fiefs et les rapports des seigneurs avec leurs vassaux, était, ainsi que le fief lui-même, un nouveau-venu dans la France du moyen-âge. Comme ce droit, il dérivait des traditions germaniques, conservées et développées par les institutions mérovingiennes, mais, plus que lui, il les avait fondues avec celles du droit romain et purifiées au souffle du Christianisme. L'égalité des enfants dans la famille, la confusion des biens dans les partages, quelle que fût leur origine, l'égalité de l'homme et de la femme dans la société conjugale, sous la réserve d'un droit de surveillance et d'un devoir de protection

pour le premier vis-à-vis la seconde, la liberté égale pour les hommes de la même condition, sans distinction de rang, de nature de biens ou de possession, l'égalité en un mot, car le principe est appliqué à toutes choses, voilà le caractère typique du droit de la bourgeoisie, celui qui le distingue complètement du droit des nobles et du droit des serfs.

Les chartes qui établissaient une commune n'avaient donc pas besoin d'édicter une loi civile nouvelle pour le bourgeois et de dresser la liste complète de ses droits : il n'était pas même nécessaire qu'elles les rappellassent; on ne leur demandait que d'en garantir le libre et paisible exercice. C'est pourquoi la plupart d'entre elles, avant d'énumérer les priviléges spéciaux concédés par le seigneur ou le roi aux membres de la commune, se contentaient de confirmer leurs anciennes franchises (1). Lorsqu'en 1068 Baudouin VI de Mons fonde la ville de Grammont dans les Flandres, et lui donne pour la coloniser des franchises qu'il fait jurer par ses barons, lorsqu'en 1195 la même ville reçoit de Baudouin IX, comte de Flandre et depuis empereur de Constantinople, une seconde charte de commune, ni le comte ni les bourgeois ne s'avisent d'introduire dans l'acte de concession des dispositions relatives au droit privé des habitants; leur loi civile sera la vieille loi Ripuaire, amendée par les capitulaires et les canons ecclésiastiques, c'est celle de

(1) La première charte de commune accordée à St-Quentin, en 943, dit : Art. 3... *homines communiæ... quieti et liberi permaneant.* — *Salva libertate quam prius habebant*, dit la charte de Dijon, de 1187. En 1109, Aliénor, reine d'Angleterre et duchesse d'Aquitaine, confirma les anciennes franchises du Poitou en affranchissant ses habitants des servitudes féodales, ce que fit de nouveau Philippe Auguste en 1204. Ce dernier prince s'exprime ainsi dans la charte de Tournay, de 1187 : ... *quoniam burgensibus nostris Tornacensibus pacis institutiones et communiæ dedimus et concedimus ad eosdem usus et consuetudines quos dicti burgenses tenuerant ante institutionem communiæ... has prænominatas quas habere soleant... concedimus ad recordationem...*

Gand et des autres villes flamandes, déjà libres elles-mêmes, et, s'il est stipulé que tout propriétaire foncier pourra disposer librement de ses biens et que toute personne sans enfants pourra tester de toute sa fortune, c'est qu'il a paru nécessaire d'allier ici la législation romaine et la tradition germanique (1).

Ainsi, le bourgeois de commune est libre, non en vertu de la charte qui constitue la communauté, mais en vertu d'un droit antérieur que cette charte se borne à garantir et à confirmer. Quand le titre de concession contient une clause spéciale d'affranchissement de la mainmorte, il est sous entendu que cette clause ne peut s'appliquer qu'aux mainmortables du dehors qui viendront s'établir dans la commune. C'est par là que les véritables chartes communales se distinguent des simples actes d'affranchissement : les premières consacrent la liberté déjà acquise, lorsque les seconds la concèdent pour la première fois (2).

Le bourgeois n'est pas seulement libre dans sa personne, il l'est également dans sa propriété. Un certain

(1) *Mémoires sur le droit belge*, de M. Ritz, t. I, p. 28.
Il est bon de remarquer qu'au XIIe siècle il y eut, dans le nord, de la part des seigneurs une véritable prodigalité de concessions libérales, prodigalité si grande que, malgré l'enthousiasme qu'excitaient les franchises communales dans les classes populaires, celles-ci en arrivèrent à repousser les franchises qui leur étaient offertes sans qu'elles aient été sollicitées. Ainsi, en 1138, un abbé de Stavelot, nommé Wibald, voulant créer une *ville franche* à côté d'un château récemment élevé par lui au-dessus de l'Ourthe, offrit des terres avec exemption de cens et de services à tous ceux qui viendraient s'établir dans la cité, en promettant de maintenir les coutumes des habitants et de leur assurer pleine liberté. Vaines tentatives ! Personne ne vint et la ville ne naquit jamais. (Wauters, *les libertés communales en Belgique*, p. 463.)

(2) En 1230 et 1242, les comtes de Champagne déclarent qu'ils affranchissent tous les hommes et toutes les femmes de la ville et de la châtellenie de Troyes qui se sont mis ou se mettront en leur justice. C'était là une manière d'accroître les produits de leur juridiction seigneuriale, mais non une preuve que tous les habitants étaient serfs.

nombre de chartes, telles que celles de Laon de 1128 et de 1169, mentionnent formellement les alleux possédés par les membres de la commune. D'autres, comme celles de Soissons et de Dijon, prennent soin de déclarer qu'on devra respecter les biens des gens de la commune et veiller à ce que nul n'y porte la main. Mais cette stipulation a plutôt pour but de rappeler les devoirs de solidarité et de mutuelle défense imposés aux communiers que de formuler un principe nouveau. La propriété bourgeoise est franche, et c'est en partie pour acheter la reconnaissance de cette franchise que les bourgeois se soumettent à payer des impôts parfois établis sur le capital et non sur le revenu de leurs biens. Cette propriété peut être par conséquent librement aliénée, mais seulement aux habitants admis à la franchise et moyennant une redevance, les *lods et ventes*, que se réserve le seigneur, s'il ne l'a expressément abandonnée à la commune (1). Elle est transmissible, soit par donation entre vifs, soit par testament. Le bourgeois peut léguer, comme il peut hériter. « A Reims, dit une vieille coutume écrite au XIIIe siècle, il ne court aucune mortemain, et tous les meubles et héritages du défunt échoient à ses hoirs. » A Joigny, dit la charte de 1300, « l'eschoite des bourjois peut venir franchement à ces de cui eschoite porroit venir à aus franchement. » C'est là le privilége de bourgeoisie au point de vue successoral, privilége auquel les chartes ne font le plus souvent allusion que lorsqu'elles ajoutent ou dérogent au droit commun. Celle de Laon, par exemple, assure, par ses art. 10 et 11, la conservation des biens dans la famille bourgeoise par la disposition qui suit : « si le mari meurt sans enfants, son patrimoine retourne à ses parents,

(1) V. en ce qui concerne les communes rurales, les chartes de La Marche (Côte-d'Or), de 1286, art. 18 (Garnier, t. II, p. 402) : de Seurre, de 1278, art. 37 et 38 (*Id.* t. II, p. 219) et de Véronnes, de 1294, art. 13 (*Id.* t. II, p. 418.)

sauf la jouissance de la dot ou du douaire constitué à la femme. Si les époux dotés meurent sans enfants, la dot fait retour au donateur ou à ses héritiers. » En effet, ce retour au donateur ou à ses héritiers est une dispositlon à la fois contraire au droit romain qui ne l'admettait qu'en faveur du donateur, et au droit germaniqne qui attribuait la dot aux héritiers de la femme dotée. A Saint-Jean d'Angely, la charte de commune de 1204, imitée de celle de Rouen de la même année, se contente de garantir aux bourgeois toutes les libres coutumes du pays. Elle juge pourtant nécessaire de stipuler qu'ils pourront disposer par testament dans la forme qui leur conviendra le mieux, soit de leur propre bouche, soit par le ministère d'amis, parce que la vieille coutume locale n'autorise pas les libéralités testamentaires. Celles qui n'édictent aucune disposition dérogatoire au droit commun placent celui-ci sous la protection des magistrats municipaux. A Saint-Quentin, la charte confie le droit de succession à la garde du maire et des jurés : elle leur impose l'obligation de veiller à ce que l'hérédité soit immédiatement transmise à l'héritier. Cette obligation est rappelée dans les *Assises des bourgeois de Jérusalem*, qui sont un fidèle reflet de notre primitive législation coutumière,

Si le père et la mère bourgeois ont la libre disposition de leurs biens propres, s'ils peuvent avantager un ou plusieurs enfants ou même, d'après ces *Assises*, les exhéréder pour des causes déterminées, le respect des droits de la famille est si grand que l'inégalité est absolument prohibée en matière de partage de succession (1).

Le bourgeois jouit de la puissance paternelle, comme nous le verrons plus loin : il a le droit de marier à son gré ses enfants, il exerce sans contradiction sur eux son droit de garde ou de bail jusqu'à ce qu'ils aient atteint,

(1) *Anciennes coutumes* d'Artois, tit. XXXI, XXXIII, XXXVII.

les fils l'âge de 14 ans et les filles celui de 12, d'après la coutume de Paris ; il peut même les vendre en cas d'extrême indigence, *periculo famis* ; mais ce droit n'est qu'exceptionnellement exercé. Il possède également la puissance maritale, sans que les chartes lui aient expressément réservé cette autorité qui résulte des usages généraux. Il jouit du régime de la communauté conjugale, là où ce régime s'est déjà introduit, car, aux XII[e] et XIII[e] siècles, il n'est pas encore admis dans toutes les coutumes (1). En Normandie et à Reims, il restera même prohibé d'une façon générale, à moins de stipulation contraire formelle. La communauté conjugale entre bourgeois apparaît déjà comme une véritable société qui produit la co-propriété des biens et la participation aux dettes, tout en laissant à son chef investi du droit d'administrer, celui d'aliéner et même de disposer à titre gratuit entre vifs des conquêts dont il est « vrai seigneur », disent les coutumes notoires du Châtelet de Paris. Mais, sauf dans le Berry, la bourgeoise ne peut encore, comme le droit en est reconnu à la femme noble, renoncer à cette communauté, qui n'est pas à son égard une société sous condition résolutoire ; elle est liée par elle d'une manière indissoluble et doit supporter sa part des dettes, même de celles qui sont antérieures au mariage, et qui deviennent communes aux époux. Il en est ainsi du moins jusqu'au XVI[e] siècle (2).

Le bourgeois peut, dans la région de l'est, en Auvergne, dans la Marche, le Bourbonnais, le Berry, le Nivernais, faire des institutions contractuelles d'héritier et disposer

(1) La charte municipale d'Amiens, art 21, 22, 35, renferme cependant plusieurs dispositions explicites sur la communauté et le partage des acquêts. Mais à Paris la communauté conjugale n'était pas encore en usage en 1293. (V, Chopin, *sur la coutume de Paris*, liv. II, tit. II, n° 31.)

(2) V. *Assises des bourgeois de Jérusalem*, art. 165, 172 ; *Grand Coutumier de France*, liv. II, ch. 41.

par contrat de mariage de sa succession future, privilége que fut ailleurs longtemps réservé aux nobles seuls. En Bretagne, quoique les communes n'y apparaissent que tardivement, la très-ancienne coutume l'assimile presque au noble, « quand il est accoutumé de vivre honnêtement et de tenir table franche, comme les gentilshommes, » et l'autorise à acquérir des terres nobles, à la seule condition d'en payer le rachat à sa mort. Il s'y enrichit par là si rapidement qu'il fallut l'intervention ducale pour l'empêcher d'accaparer tous les fiefs.

Le bourgeois de commune peut être témoin, tuteur ou curateur, caution, fidéjusseur et *pléger* un débiteur, ce qui donnera plus tard naissance à l'expression *caution bourgeoise*, employée dans l'art. 52 de l'édit de Charles IX, de 1566, et dans les coutumes de Blois, de Bayonne et du Berry. En un mot, il peut faire tous les actes de la vie civile, « franchement et segurement (sûrement) », selon l'expression de la charte donnée à la petite ville de Seurre en 1245, et remplir toutes les fonctions qui ne sont pas expressément réservées au noble.

Je ne parle pas ici, bien entendu, des droits politiques qui ne rentrent pas dans le cadre de cette étude. Il suffit de dire, en général, que la constitution de la commune, dont le caractère demeure profondément démocratique jusqu'à Louis XI, a pour effet d'autoriser les bourgeois à confier l'administration de leur cité à des magistrats spéciaux pris dans leur sein et qu'elle leur confère par conséquent la capacité nécessaire pour occuper ces charges. La composition de cette magistrature municipale varie beaucoup selon les localités, quoique certaines chartes puissent être considérées comme les modèles de l'organisation communale. En Normandie par exemple, la constitution de Rouen sert de type à celles de toutes les villes du duché et des terres placées sous la domination anglaise. Elle institue un maire, douze échevins, douze

conseillers et soixante-et-quinze pairs. A Tours, tous les pouvoirs, sauf quelques restrictions, appartiennent, de 1356 à 1461, à quatre prudhommes élus par le corps entier des habitants, et qui prennent à Nevers le nom de jurés ou d'échevins. A Autun, où une révolution accomplie au XII° siècle, d'accord entre le duc de Bourgogne et les bourgeois, a constitué sans commune un gouvernement à la fois municipal et ducal, le *vierg* ou viguier, élu par l'assemblée des citoyens, est en même temps le représentant de ceux-ci et celui du duc. En général, dans la France centrale, quatre personnes sont chargées de défendre l'indépendance de la ville et de gérer ses intérêts en assurant la sécurité des bourgeois. A Poitiers et à Niort, il existe un collège municipal de cent membres recruté par l'élection, siégeant mensuellement et nommant tous les magistrats. Quelquefois la commune est considérée comme un seigneur féodal, tant la féodalité réagit sur les institutions qui lui semblent le plus contraire : à Sens, elle possède des serfs qu'elle échange en 1189 avec l'archevêque, et quand, plus modeste, elle ne revêt pas ce caractère, elle confie du moins à ses magistrats des pouvoirs assez étendus pour qu'ils soient les seuls organes de l'autorité législative, administrative et judiciaire de la cité.

La *commune jurée* est donc vraiment indépendante. Mais qui lui garantit le plus sûrement cette indépendance? C'est le droit de juridiction. Les *jurés* ont leurs juges élus par eux, choisis dans leur sein, et qui rendent la justice en toute matière civile ou criminelle, sauf certains cas réservés au souverain. Aux tribunaux multiples, incertains, mal définis et mal délimités qui se disputaient les justiciables, la commune substitua une justice unique, et fit passer la juridiction du seigneur entre les mains des magistrats municipaux. Dans certains lieux, il est vrai, à Amiens, à Bourges, à Chaumont, dans plusieurs autres villes, le

prévôt royal partageait l'administration de la justice avec les bourgeois ; dans d'autres, comme en Franche-Comté, elle était attribuée au représentant du seigneur, qui ne pouvait prononcer aucune amende sans le commandement des chefs de la commune qui l'assistaient dans ses jugements ; dans d'autres encore, comme à Laon, Mantes, Crespy, Bruyères, la municipalité n'avait compétence que lorsque le juge royal ou seigneurial n'avait pas statué dans un délai déterminé ; presque partout, le roi ou le seigneur s'était, avec la connaissance exclusive de crimes spéciaux, tels que le vol en récidive, le meurtre, le rapt et l'incendie, réservé l'exécution des jugements et le produit des droits de justice. Mais, à moins d'exceptions formellement prévues par les chartes, le maire et les échevins de la commune devinrent les seuls juges ordinaires de leurs compatriotes ; ils purent non-seulement statuer sur les différents survenus entre les citoyens et sur les délits dont ils se rendaient coupables, mais encore sur les crimes commis contre la commune, contre la personne ou les biens de chacun de ses membres. L'homme qui se permettait de léser la commune, même en entretenant des relations pacifiques avec ses adversaires, celui qui tentait de se soustraire à sa juridiction ou qui tenait des propos injurieux contre elle, était traité comme un ennemi public, que l'on poursuivait partout où il pouvait être rencontré, même dans les asiles les plus sacrés (1). Il était puni de bannissement, s'il résidait dans la ville, et sa maison était solennellement abattue en présence des jurés convoqués au son de la cloche municipale, lorsque le maire avait frappé un coup de marteau sur la demeure du condamné (2).

(1) *Charte* de Sens, de 1189.

(2) Charte d'Amiens, art. 8, 18, 37, 39. Cette rigoureuse pénalité se retrouve dans presque toutes les chartes du nord, par exemple dans celle de Laon, art. 2, dans le *livre de Roisin* de Lille, p. 369,

Est-il besoin de l'ajouter? Hors ce cas spécial, la juridiction communale ne s'applique qu'aux habitants qui ont juré la commune. *Non est æquum judicium inter juratos et non juratos*, dit l'art. 43 de la charte d'Amiens. Ce droit de juridiction est à la fois réel et personnel. Il est réel, en ce sens qu'il s'exerce sur tous les biens situés dans les limites de la ville et de sa banlieue (1). Il est personnel, en ce sens que tout communier a licence de revendiquer pour juge son maire et ses échevins, lors même qu'il serait l'homme d'un seigneur du dehors et qu'il serait arrêté à l'extérieur (2). Grand et précieux privilége qui offre, sous le nom de bourgeoisie, un refuge à tous les sujets maltraités par leur seigneur, privilége que le pouvoir royal consacrera bientôt par l'institution de la *bourgeoisie du roi* et qui sera l'une des causes les plus fécondes de l'avénement des classes serviles à la liberté ! Cette faveur n'est pas concédée sans difficulté ni résistance ; elle soulève les protestations de la noblesse

qui attribue au tribunal municipal le droit d'*arsin*, c'est-à-dire le droit de faire brûler la maison et d'arracher les arbres du forain qui avait commis des actes de violence sur la personne d'un bourgeois de la ville. A Dijon, les citoyens sont autorisés à saisir la maison et la fortune mobilière de celui qui se sera refusé à jurer la commune, bien qu'il habite la ville ou sa banlieue. Il n'est pas en effet permis à l'habitant de la commune de s'isoler de celle-ci. (V. Charte de Soissons, art. 32). C'est une association dont il fait partie de droit, tant qu'il vit au milieu d'elle; c'est une ligue dont il ne peut repousser les devoirs ni les charges, lorsqu'il l'a jurée, et il doit en faire partie par cela même qu'il habite le territoire de la commune.

(1) « Quand il s'agit des possessions de la cité, dit l'article 34 de la charte d'Amiens, nul ne peut porter la cause au dehors. » Cela doit s'entendre de tous les immeubles, à l'exception des fiefs. *Omnia autem regulanda sunt, præter feoda*, ajoute l'art. 7 de celle de Soissons. Les chartes de Laon, de Soissons, de Saint-Quentin défendent aux communiers, si ce n'est aux veuves, de soumettre les affaires intéressant leurs propriétés à l'archidiacre ou au doyen, c'est-à-dire à un autre jugement que celui de la commune.

(2) « Nemo aliquem de suis hominibus qui de nostra communia sit, infra villam nostram vel extra ob ullam causam poterit quamdiu per majorem se justiciare voluerit. » (Charte de Soissons, art. 19).

féodale et même, çà et là, celles du clergé (1) ; on peut la contester, mais non la détruire ; elle se place bientôt hors de toute discussion et se formule comme un principe. Qu'elles soient barbares ou civilisées, dans toutes les sociétés humaines, l'attribut suprême de la souveraineté, c'est la haute juridiction. La féodalité l'avait déposée entre les mains du seigneur : la révolution communale la déplaça pour la remettre dans les villes municipales du nord entre les mains des citoyens. De là une distinction essentielle entre les communes jurées et les simples villes de bourgeoisie : dans les premières, les bourgeois possèdent une liberté et une indépendance complètes, parce qu'ils ne sont justiciables que de leurs pairs et de leurs concitoyens (2) ; dans les secondes, ils jouissent

(1) A Reims, par exemple, l'histoire municipale est pleine, du XIIIe au XIVe siècles, des querelles de l'échevinage et de la cour de l'archevêque au sujet de la juridiction. D'après le *liber practicus de consuetudine remensi*, qui date du XIIIe siècle, « toute chose temporelle pouvait être déduite en jugement d'Eglise, à cause de la censure ecclésiastique. » On induisait de ce principe qui avait pris naissance dans la célèbre constitution de Constantin, sur la juridiction arbitrale et consensuelle des évêques, que l'on pouvait appeler devant la cour archiépiscopale de tout jugement rendu par les tribunaux laïques, soit avant, soit après le jugement. Ce fut le sujet de luttes qui durèrent jusqu'au XVe siècle, et qui se terminèrent à l'avantage des échevins. Pour constater leur victoire et marquer le caractère laïque de leurs institutions municipales, les habitants de Reims placèrent en tête de leur coutume rédigée en 1481 l'*usage des roturiers*.

(2) Comme exemple des franchises accordées aux bourgeois par la plupart des chartes communales, même dans les simples bourgs, et par conséquent librement concédées par les seigneurs, on peut citer la *loi de Beaumont*, donnée au XIIIe siècle par l'archevêque de Reims à la petite ville de ce nom, dans l'Argonne, et prise pour modèle dans presque tout le nord-est de la France. Aux termes de cette charte, les impôts sont fixés une fois pour toutes. La liberté individuelle est garantie. Les bourgeois élisent chaque année leurs magistrats municipaux, qui rendent la justice civile et criminelle. Les intérêts de la commune sont réglés par une assemblée composée du maire, des échevins et de quarante notables. Les prérogatives du seigneur se bornent à nommer un juré qui, de concert avec deux autres, désignés par les bourgeois, surveille l'emploi des fonds alloués sur les revenus seigneuriaux pour la

des mêmes droits et de la même capacité civiles ; mais si indépendante que puisse être leur administration, parce qu'ils demeurent soumis à une juridiction étrangère, ils ne possèdent qu'une demi-franchise, une demi-souveraineté.

II. *Bourgeois du roi.* — On ne saurait nier que la monarchie n'ait favorisé le mouvement communal, mais elle le favorisa surtout à son profit. Si elle y vit le moyen de réduire le pouvoir des seigneurs, elle ne négligea pas en même temps d'accroître le sien. Sous Louis VII, Suger commença par proclamer en principe que toutes les villes nouvelles relèveraient du roi. Saint-Louis étendit la règle en se réservant à lui seul le droit de constituer des communes, en concédant le titre de *bonnes villes* aux communes, antérieurement créées, qui se placeraient sous son patronage direct, et en exigeant d'elles un serment de fidélité. Cette règle, une fois posée, fut rigoureusement maintenue par ses successeurs. *Hinc est quod, cum ad dominum nostrum et nos in solidum creare et constituere consulatus et communitates,* dit une ordonnance du régent Charles V en novembre 1358 (1). On a vu qu'au moment même où les communes jurées s'organisaient au nord, la royauté émancipait les villes de son domaine privé, mais en les retenant sous la juridiction d'un prévôt nommé par elle, d'où leur vint le nom de *villes prévotales* ou de *villes de bourgeoisie.* Bientôt elle fit un pas de plus; elle s'attribua le droit de faire des bourgeois dans tout le royaume, sur le domaine des seigneurs comme sur le sien. Par une audacieuse fiction, la bourgeoisie, droit essentiellement réel, puisqu'il était attaché au domicile, devint

défense et l'embellissement de la ville, et à recevoir le serment des magistrats élus. La commune jouit de tous les produits spontanés du sol, des forêts et des eaux dans le territoire qui lui est réservé. C'est la part des familles les moins aisées. (*Biblioth. de l'École des chartes,* 3e série, t. II).

(1) *Ordonnances des rois de France,* t. III, p. 305.

personnelle, précisément à l'instant où, de personnelle qu'elle avait longtemps été, la loi devenait territoriale. Jusqu'alors, pour acquérir ce privilége, l'homme franc devait résider dans la cité qui en jouissait: en certains lieux, on l'accordait même aux serfs de corps qui venaient s'y fixer après un séjour de plus d'un an (1).

Cette dernière faveur ne fut sans doute qu'exceptionnelle et ne se généralisa point. Elle avait pour but de peupler les villes et bourgades de création nouvelle. (V. *infra*, tit. III, ch. IV, *des serfs*.) On alla plus loin encore : dans les pays de servitude réelle, on admit le mainmortable à s'affranchir en délaissant les héritages serfs qu'il détenait et en s'avouant homme franc du suzerain, ou bourgeois du roi (2). Il put ainsi changer de juridiction sans changer de résidence et se déclarer libre sans quitter la terre seigneuriale. Pour cela, il lui suffit de désavouer son seigneur et de se dire le justiciable du roi. Le serf fut donc provoqué à une sorte de révolte légale contre son maître, et la seule condition mise à cette nouvelle forme d'affranchissement fut le paiement d'un droit de jurée, ordinairement fixé à six deniers pour livre des meubles et à deux deniers tournois pour livre des immeubles. La manumission directe cessa d'être l'unique moyen de parvenir à la liberté et l'agrégation au corps

(1) La charte de la commune d'Orbestier, petite bourgade du Poitou, donnée en 1007 par un comte de cette province, contient le passage suivant : « Item do et concedo eisdem Fulcherio et successoribus suis, villam meam de la Birouetière, cum pertinentiis suis et cum omnium jure dominio et districtu. et volo quod omnes habitantes et habitaturi in dicta villa, vel in ejus pertinentis, postquam *per annum et diem* ibidem permanserint, possint deinde habitare ubicumque voluerint, per totum territorium meum de Calma, et *sint immunes et liberi* ab omnibus coustumiis, et taleis et servitiis... » (Besly, *Preuves de l'histoire du Poitou*, p. 352) En 1188, Philippe, comte de Flandre, accorde pleine liberté à ceux qui habiteront pendant un an et un jour la ville d'Orchies. (V. aussi Beaumanoir, ch. XLV.) .

(2) *Cout.* du duché de Bourgogne, tit. IX, art. 9.

des habitants d'une ville privilégiée ne fut plus indispensable pour obtenir le droit de bourgeoisie. Le privilége se sépara des lieux pour aller au-devant des personnes, et une nouvelle classe de roturiers libres, placés sous la juridiction royale, apparut à côté des bourgeois des communes jurées (1). Avant de créer des bourgeoisies, la royauté créa des bourgeois.

A la même époque, d'ailleurs, se produisit une curieuse réaction contre la révolution communale qui s'était poursuivie pendant le XII[e] et le XIII[e] siècles. Les villes n'étaient pas lasses d'indépendance, mais elles étaient fatiguées de payer le prix annuel de leur liberté. En 1325, la cité de Soissons, impuissante à acquitter le droit que lui imposait sa charte de commune, renonça à celle-ci et se soumit d'elle-même à la juridiction des prévôts royaux. Cette abdication fut loin d'être isolée. Plusieurs autres villes suivirent cet exemple, sous prétexte des « commotions et discors » auxquels donnait lieu l'élection de leurs officiers, et supplièrent le roi de les administrer ui-même. On comprend que celui-ci ne se fit pas prier. Il trouva l'occasion excellente pour vanter la prudence, la sagesse, l'intégrité, l'ordre de ses prévôts et pour mettre leur gestion en parallèle avec celle des échevins municipaux (2). Cette apologie intéressée ne fut pas inutile et, de gré ou de force, spontanément ou par suggestion, un grand nombre de communes jurées se convertirent en villes de bourgeoisie ou de prévôté royales. Le nombre des bourgeois du roi s'en accrut considérablement.

A partir du règne de St-Louis, la bourgeoisie ne fut donc plus l'apanage exclusif des habitants de villes constituées en communes jurées. Elle put être obtenue par

(1) V. Ord. de nov. 1355 et du 29 juill. 1373. (*Ordonnances des rois de France*, t. IV, p. 721 et t. V, p. 625.)

(2) V. Ord. de 1366 sur la ville de Tournai.

les hommes francs qui résidaient sur les terres des seigneurs, et qui étaient pour ce motif placés sous leur juridiction. On distingua par conséquent plusieurs modes d'obtention de la bourgeoisie royale.

Ce privilége appartenait d'abord à tout homme libre, à tout affranchi, ni noble, ni clerc, ni bâtard, ni lépreux, qui résidait sur une terre du roi ou dans le ressort d'une de ses prévôtés ou d'un de ses bailliages, après s'être avoué son bourgeois (1).

Il appartenait ensuite à tout habitant libre d'une bonne ville du royaume, qui avait reçu du roi une charte d'affranchissement et qui était placée sous sa juridiction.

Il appartenait de plus à tout individu à qui le roi, soit gratuitement, soit moyennant finance, avait concédé le droit de bourgeoisie. Le monarque s'était en effet réservé le pouvoir de conférer ce droit qui, à l'origine, était attaché à la résidence. « Au roi seul, et pour le tout, appartient le droit de bourgeoisie, » dit Louis XI dans ses lettres-patentes de 1456.

Enfin, il appartenait à l'homme libre qui, désavouant son seigneur, s'était avoué bourgeois du roi, sans cependant quitter la terre sur laquelle il vivait. Faire aveu de bourgeoisie au roi, c'était se mettre sous sa protection et se rendre son justiciable en qualité d'homme franc, à la condition de lui payer la jurée. Par cet aveu, le nouveau bourgeois acquérait le droit de ne pouvoir être cité dans tous les cas personnels, civils et criminels, que devant les juges royaux (2).

(1) V. *Cout.* de Troyes, art. 2, 9, 10 ; Van der Haët, châtelain de Lille, *Chartes*, p. 181 ; *Cout.* de Vitry, art. 1 et 6 ; de Sens, art. 135 et suiv.; de Chaumont, art. 3 ; de Provins, de Sezanne, etc. — Il fallait être libre, mais non noble. Un statut de 1480, relatif aux tournois, défendit aux nobles de se faire recevoir bourgeois des villes. V. aussi la coutume de Sezanne.

(2) « Les bourgeois du roy, dit la coutume de Vitry, tant qu'ils demeurent en la prévosté de Vitry, sont justiciables en tous cas personnels, civils et criminels, par la justice du roy et non par autre, et où ils font le contraire, ils sont émendables envers le

En revenant se placer sous la juridiction royale, les communes jurées étaient rentrées, pour ainsi dire, dans le droit commun, puisqu'en principe, le roi, souverain fieffeux, était souverain justicier. De même, en s'avouant bourgeois du roi, l'homme libre, résidant sur la terre d'un seigneur haut justicier, rentrait dans le droit commun, puisqu'il était en principe justiciable du souverain, en quelque lieu qu'il habitât dans l'intérieur du royaume, et qu'il n'avait été soustrait à cette juridiction primordiale que par le fait de sa volonté, par son établissement sur une terre seigneuriale. Cette volonté venant à cesser, la juridiction exceptionnelle à laquelle il s'était soumis cessait également. Il suffisait pour y mettre fin que l'intention d'y échapper fût clairement manifestée. Or, elle pouvait se manifester soit par une translation de résidence effective, soit par une simple déclaration, nommée *aveu*, accompagné de certaines formalités. Mais une restriction était apportée au droit de s'avouer bourgeois du roi. L'homme libre, résidant sur une terre seigneuriale, ne pouvait user de cette faculté qu'autant que le seigneur de sa résidence n'avait pas acquis les droits royaux sur son domaine. On entendait par là les droits régaliens, comme ceux de juridiction en dernier ressort, de monnayage, de grâce, etc., que les rois vendirent parfois à leurs hauts feudataires, notamment en Champagne. Lorsque le seigneur haut justicier possédait une partie de ces droits ainsi détachés de la couronne en sa faveur, l'homme franc qui demeurait dans sa justice n'était pas autorisé à le désavouer pour

roy. » — La coutume d'Auxerre disait de même : « Art. 25. Au comté d'Aucerre franche et libre personne se peut advouer bourgeois du roy, de la bourgeoisie, prévosté et ressort d'Aucerre, en faisant les devoirs de bourgeoisie et les solennitez en tel cas requises. — Art. 26. Lequel bourgeois au moyen de sa bourgeoisie peut décliner court et juridiction de tous seigneurs subalternes, en tous cas et délictz, excepté en cas de présent meffaict et en cas commis trois mois avant ladite bourgeoisie obtenue. » V. aussi *Ord.* de 1302.

passer sous la juridiction royale. Il restait bourgeois et par conséquent justiciable de ce seigneur (1).

L'art. 25 de la coutume d'Auxerre déclarait qu'on s'avouait bourgeois du roi *en faisant les devoirs de bourgeoisie et les solennités en tel cas requises*. L'art. 138 de celle de Sens reproduit à peu près ces termes. L'ordonnance de Philippe-le-Bel, de 1287, avait réglé ces devoirs et solennités de la manière suivante, soit pour obtenir la qualité de bourgeois du roi dans une ville prévôtale, soit pour obtenir celle de bourgeois d'une ville de commune. « Quand aucun veut entrer en aucune bourgeoisie, dit-elle, il doit aller au lieu dont il requiert être bourgeois, et doit venir au prévôt du lieu ou à son lieutenant ou au maire des lieux qui reçoivent des bourgeois sans prévôt et dire à cet officier : Sire, je vous requiers la bourgeoisie de cette ville, et suis appareillé de faire ce que je dois. Alors le prévôt ou le maire ou le lieutenant, en la présence de deux ou de trois bourgeois de la ville, du nom desquels les lettres doivent faire mention, recevra sûreté de l'entrée de la bourgeoisie, et que le récipiendaire fera ou achetera, pour raison de la bourgeoisie, une maison dans l'an et jour de la valeur de 60 sous parisis au moins. Cela fait et registré, le prévôt ou le maire doit donner à l'impétrant un sergent pour aller avec lui par devers le seigneur sous lequel il est departi, ou devant son lieutenant, pour lui faire savoir que l'impétrant est entré dans la bourgeoisie de telle ville à tel jour et en tel an, ainsi qu'il sera contenu dans les lettres de bourgeoisie (2). »

(1) V. *Cout.* de Troyes, art. 2.

(2) Les anciennes coutumes de la ville de Châtillon-sur-Seine, de 1371, qui renferment des dispositions si curieuses sur l'état des personnes au moyen-âge, décrivent la procédure requise pour obtenir la bourgeoisie de cette ville dans des termes presque semblables :

« Art. 162. La forme de la bourgeoisie est que quant ils requièrent estre advoués bourgois, ils font serment en jugement en la main

Il résulte des textes précités : 1° que l'admission du nouveau bourgeois, originaire d'un autre lieu que la cité où il venait s'établir, était précédée d'une réquisition et d'un serment ; 2° qu'elle était constatée par des lettres de bourgeoisie ; 3° que le nouveau bourgeois devait, outre les autres redevances, acquitter une taxe de la bourgeoisie à son entrée dans sa nouvelle résidence ; 4° qu'il était tenu de signifier son désaveu à son ancien seigneur ; 5° enfin qu'il avait l'obligation d'acheter ou de construire, dans l'an et jour, une maison sur le sol de la ville ou du bourg dont il devenait le bourgeois (1).

Ces formalités étaient également imposées à l'homme franc qui s'avouait bourgeois du roi sans quitter la résidence qu'il possédait précédemment dans une terre seigneuriale. Il était obligé de payer au roi la jurée

des maires, sur sainctes Esvangiles de Dieu, que pour fraudes ne pour barat, ne pour fraulder aultrui, ils ne demennent ne ne requièrent l'adveu de bourgoisie, fors que pour l'honneur du prince et la noblesse de user des franchises de ladite bourgoisie. *Item*, ils sont tenuz jurer que tant comme ils vivront, qu'ils seront bons et loyaulx bourgois, maintiendront le droit du seigneur, les poins de la franchise et contribueront au solt et à la livre avec les autres habitans bourgois de ladite ville de tout ce qui licitement leur sera imposé tant de rentes du seigneur comme du seigneur de la rue. » (Le duc de Bourgogne était seigneur de la rue de Chaumont à Châtillon : l'évêque de Langres était seigneur du bourg.) « *Item*, jureront que dedens l'an et le jour ils auront maison en ladite rue jusques à 60 sols de digenois du moins et du plus s'ils peullent, et que ung an et jour en ladite rue ils tendront leur mesnaige, leur feu et leur lieu, par eulx ou par leurs mesgnées et que, à toujours venront à tenir leur mesnaiges en ladite rue es hostels ordonnez. C'est assavoir à la feste de la Toussains, à Pasques charnels et à la my-aoust ; à chacune feste paieront ung denier au curé pour cause de parroichage comme habitant de ladite rue. Et sur toutes ces convenances, l'en les tient en adveu de bourgois. » (Garnier, *Chartes de commune et d'affranchissement de Bourgogne*, t. I, p. 403).

(1) Cette dernière obligation a varié selon les lieux et les temps. Au XVIIIe siècle, d'après un règlement du 18 déc. 1630, on n'acquérait le droit de bourgeoisie à Rouen, quand on n'y était pas né, qu'en faisant inscrire son nom à l'hôtel-de-ville, en justifiant d'un revenu de 300 livres dans le ressort du bailliage et en résidant 12 ans dans la cité.

et de recevoir de lui des lettres de bourgeoisie. Il devait expressément désavouer son seigneur. Il devait attendre l'expiration d'une année et d'un jour pour jouir de son privilége, acheter ou élever une maison d'une valeur déterminée dans la ville de bourgeoisie, quoiqu'il ne formât pas un nouvel établissement et ne s'agrégeât pas réellement à une nouvelle communauté, enfin résider dans ce lieu depuis la Toussaint jusqu'à la St-Jean-Baptiste, ou au moins pendant les quatre grandes fêtes de l'année, la Toussaint, Noël, la Pentecôte et la St-Jean-Baptiste.

Cette obligation de résider un an et un jour dans le lieu où il voulait acquérir droit de bourgeoisie et d'y devenir, dans le même délai, propriétaire d'une habitation valant au moins 60 sols, plaçait l'homme franc dans une condition semblable à celle du mainmortable. Celui-ci pouvait en effet, après un an et un jour de résidence dans un lieu franc, parvenir à la franchise, si, étant d'ailleurs homme de poursuite, il n'était pas réclamé par son seigneur; il devenait *ipso facto* bourgeois de ce lieu. Pourquoi l'homme libre qui se transportait dans une ville de prévôté et y désavouait son seigneur n'était-il pas plus favorablement traité ? Il est facile de l'expliquer. Dès que l'usage des bourgeoisies par aveu se fût introduit en France, chacun voulut s'avouer l'homme du roi, courut s'abriter sous la protection et la juridiction royales. Le mouvement fut si rapide et si universel que les fiefs se dépeuplèrent et que les terres seigneuriales furent menacées de stérilité par la désertion de leurs habitants. Dans celles là même qui n'étaient pas abandonnées, mais dont les *manants* s'étaient contentés, sans déplacer leur domicile effectif, de s'avouer les bourgeois du monarque, les cours féodales furent privées d'une grande partie de leurs justiciables, et les seigneurs, ainsi dépouillés du produit des amendes et de leurs autres droits de justice, se plaignirent amèrement au roi. Leurs doléances furent

si vives qu'il fallut y céder : Philippe-le-Bel obligea le premier, en 1287, les nouveaux bourgeois à acheter dans l'année de leur réception une maison comprise dans le pourpris de la ville où ils avaient fait aveu et à y demeurer tous les ans, de la veille de la Toussaint à celle de la St-Jean. En 1302, sur la demande de la noblesse Champenoise, il renouvela cette ordonnance qui fut confirmée en 1315 par Louis le Hutin, et dont les prescriptions passèrent en quelques coutumes, comme celles de Châtillon-sur-Seine (1).

Mais, il faut bien le reconnaître, l'usage fut ici plus fort que la loi. Les prévôts royaux continuèrent à recevoir les aveux des francs ou même des serfs qui quittaient leur seigneur, sans rechercher s'ils avaient formé un établissement fixe et durable dans la ville dont ils devenaient bourgeois ; ils les reçurent à bras ouverts, sans distinguer, car, disait l'un d'eux devant lequel se présentaient en 1335 plusieurs habitants de Girolles, qui s'avouaient bourgeois du roi afin d'échapper à la taille haute et basse de leur sire, l'abbé de St-Martin-d'Autun, « il n'a pas à s'enquérir de quelle condition est celui qui entre ès bourgeoisies, et, sitôt que aucun y est entré, la cognoissance de sa persoune est audit prévost (2) ; » ils ne tinrent pas la main à ce que le devoir de bourgeoisie fût exactement rempli, c'est-à-dire à ce que l'on résidât dans le lieu désigné, de la Toussaint à la St-Jean d'été, ou du moins aux jours de grande fête ; ils se bornèrent à exiger le paiement de la redevance due au roi, et négligèrent même la délivrance des lettres de bourgeoisie. Au XVIe siècle, grâce aux guerres de religion qui jetèrent une profonde perturbation dans la société, celles-ci étaient presque partout tombées en désuétude.

(1) V. aussi l'ordonnance du 23 août 1376, rapportée dans le recueil du Louvre, t. VI, p. 214.

(2) *Hist. de l'abbaye St-Martin-d'Autun*, par M. Bulliot, preuves, t. 2, n° 113.

« Au bailliage de Troyes, dit la coutume de ce pays, rédigée en 1509, les bourgeois du roy s'y peuvent advouer bourgeois du roy par simple adveu, sans monstrer par escrit leur bourgeoisie, excepté au comté de Joigny. » Il suffit à une personne de condition libre de résider dans un lieu franc et d'y payer la *jurée*, pour être réputée bourgeois du roi, sans qu'elle eût l'obligation d'exhiber des lettres de bourgeoisie. Il lui suffit même d'avouer le roi, sans autre formalité, pour jouir des priviléges attachés à la qualité de bourgeois, c'est-à-dire de la juridiction royale, quoiqu'il ne résultât de sa déclaration nulle affiliation à une bourgeoisie quelconque, nulle association aux immunités ou aux charges d'une ville. Ainsi le terme de *bourgeois du roi* perdit insensiblement sa signification première et devint synonyme de personne franche, sens qu'il conserva jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle.

On pouvait, après avoir avoué le roi, renoncer à sa bourgeoisie et retomber sous la juridiction de son ancien seigneur, car l'on peut toujours renoncer à un privilége personnel. Pour reconquérir leurs anciens justiciables, pour ramener un peu d'abondance dans la source presque tarie de leurs revenus judiciaires, les hauts justiciers menaçaient fréquemment de procès les bourgeois royaux qui relevaient, avant l'aveu, de leur cour féodale. Ces aigres litiges ne se terminaient pas toujours au profit de la liberté et de la bourgeoisie. Souvent, en effet, l'absence des formalités exigées pour la régularité de l'aveu ou le défaut de délai, lorsque l'avouant était de condition serve (1), obligeait les juges à renvoyer le prétendu bourgeois devant son ancien seigneur. Parfois également, les parties transigeaient : en échange de la renonciation au privilége de

(1) Rappelons ici le principe que les seigneurs étaient fondés en droit à réclamer les serfs, hommes de poursuite, qui émigraient de leurs domaines sur une autre terre, même sur celle du souverain. (*Etablissements de St-Louis*, liv. I, 5, liv. II, 31, 37.)

la bourgeoisie royale, les seigneurs promettaient des franchises à ceux de leurs serfs qui s'étaient, par cette voie dérobée, soustraits à leur puissance et à leur juridiction. Mais les menaces, les plaidoiries, les promesses n'eurent pas toujours un égal succès; aussi, pour prévenir les aveux, les possesseurs de fiefs se résolurent à adoucir efficacement la condition de leurs mainmortables et à leur accorder des exemptions qui devinrent peu à peu de véritables affranchissements. L'institution de la bourgeoisie royale ne fut donc pas seulement une cause directe de la destruction du servage, en provoquant la désertion en masse des terres seigneuriales et le développement de la population des villes; elle hâta l'avénement de la race servile à la liberté, en contraignant par leur propre intérêt les seigneurs à lui offrir, en détail, cette liberté.

Quels étaient les effets de la bourgeoisie royale ? Elle conférait, d'une part, à celui qui l'avait obtenue la jouissance de tous les droits civils attachés à la condition d'homme libre, et, de l'autre, elle le plaçait sous la juridiction exclusive du roi ou de ses officiers. Rappelons à cet égard l'art. 26 de la coutume d'Auxerre : « Le bourgeois du roi peut décliner court et juridiction de tous seigneurs subalternes, en tous cas et délicts, excepté en cas de présent meffaict et en cas commis trois mois avant ladite bourgeoisie obtenue. » « Celui qui se fait bourgeois du roi, ajoutent deux arrêts de 1386 et de 1456, s'*exime* de toute autre juridiction (1). »

Il faut toutefois, pour bien entendre cette règle, faire une distinction. Le bourgeois du roi qui avait obtenu des lettres de bourgeoisie et accompli les formalités nécessaires dans la ville de commune ou de prévôté où il résidait, n'avait évidemment pas d'autre juge que le prévôt ou le bailli royal ; soit en demandant, soit en défen-

(1) *Glossaire* de Ragueau et Laurière, V° *Bourgeois*.

dant, il ne pouvait en saisir un autre. Au contraire, l'homme franc qui s'était avoué bourgeois du roi sans cesser d'habiter ordinairement le territoire soumis à un haut justicier, n'était point *ipso facto* soustrait, en toutes causes, à la juridiction de ce seigneur, « duquel il était levant et couchant » ; il demeurait comme demandeur son justiciable ; il le demeurait également quand il s'agissait de droits seigneuriaux ou de la propriété d'héritages situés sur la terre du baron ; mais il avait le droit, en défendant, de décliner sa juridiction dans toutes les causes personnelles qui ne soulevaient pas l'application d'une loi criminelle ou de police en cas de flagrant délit. Pour cela, il n'avait pas besoin de lettres de bourgeoisie ; il suffisait qu'il déclarât s'avouer l'homme du roi. C'était ce qu'on appelait le bourgeois de *simple aveu*. Ainsi, en toute matière civile, hors les cas précités, ou même criminelle, hors celui de flagrant délit, il devait être cité, sur cette déclaration, devant un juge royal. Le juge seigneurial devenait, à son égard, absolument incompétent (1).

Ce privilége de juridiction, si précieux, si recherché à l'origine, disparut peu à peu avec l'usage de la bourgeoisie par aveu, et finit par s'éteindre presque en tous lieux, quand on admit que le juge naturel du défendeur était celui de son domicile, sauf l'appel devant les tribunaux royaux. Il n'était pas au surplus le seul dont jouissait le bourgeois du roi. Dans certaines villes appelées, pour

(1) Au surplus, lors même que les juges des seigneurs étaient compétents, la justice royale avait, selon l'expression consacrée, un droit de prévention sur la juridiction seigneuriale. Ainsi les juges royaux qui connaissaient en appel des causes portées devant les tribunaux des seigneurs, étaient compétents pour en connaître en première instance, tant que les seigneurs ne les avaient pas revendiquées, et quand même le justiciable demandait son renvoi devant son juge ordinaire. (Déclarations de juin 1559, art. 1er, et du 17 mai 1674, rendues en interprétation de l'édit de Crémieu ; Jousse, *Commentaire de l'Ord civile* de 1667.) Il n'y avait d'exception à ce principe que dans le ressort de la vicomté de Paris. (Bacquet, *des droits de justice*, ch. IX.)

cette raison, villes d'arrêt, il avait le droit de faire saisir et arrêter, *sans titre exécutoire*, les biens mobiliers de son débiteur forain (1). Pour exercer ce droit spécial, le bourgeois devait avoir au moins un an et un jour de résidence dans la ville où il en faisait usage. Le prévôt du lieu était seul compétent pour connaître de la saisie (2).

Dans quelques autres villes royales, le bourgeois avait la noblesse personnelle, c'est-à-dire non héréditaire. S'il est douteux que les habitants de Perpignan en aient joui, comme certains écrivains l'ont soutenu, si on a contesté ce privilége à ceux de Reims, quoique François 1er les ait qualifiés de *nobles*, il est au moins certain que, le 9 août 1371, Charles V accorda aux bourgeois de Paris le droit de franc-fief, c'est-à-dire le droit d'acquérir sans taxe, sans dispense d'incapacité, les biens nobles ou les fiefs et d'en devenir propriétaires au même titre que les gentilshommes. Il les autorisa en outre à jouir, comme les nobles, des biens de leurs enfants mineurs, sans en être comptables (3). Cette ordonnance leur conférait enfin la faculté de porter des armoiries timbrées, ce qui était le signe de la noblesse. Confirmée par Charles VI en 1399 et 1409, renouvelée par Louis XI en 1465, elle reçut une première atteinte en 1577, époque à laquelle Henri III réduisit la noblesse des bourgeois de Paris à celle du prévôt des marchands et des quatre échevins qui étaient en charge lors de l'avénement de Henri II au trône. Cependant l'exemption du droit de franc-fief avait été maintenue, et Louis XIV l'avait même de nouveau reconnue en mars 1669. Mais, en 1692, la détresse du trésor royal obligea de la supprimer, et les Parisiens retombèrent à dater de cette année dans la condition de tous les roturiers (4). Ils de-

(1) Art. 173 de la *Cout.* de Paris.
(2) Art. 174 de la même coutume. A Paris, c'était le Châtelet.
(3) *Cout.* de Paris, art. 266.
(4) Déclaration du 9 mars 1700 ; édit de mai 1708. — Le même

meurèrent cependant exempts du ban et de l'arrière-ban.

La ville de Paris, offrait ainsi à ses habitants, en sa qualité de capitale du royaume, une bourgeoisie et en quelque sorte une condition particulières. La liberté civile y avait, de temps immémorial, un asile inviolable et des prérogatives toujours respectées. Le servage n'y était pas seulement une exception ; il y était complètement inconnu. Dans son *grand coutumier*, Charondas prétend que le nom même de la peuplade qui s'installa dans les murs de l'antique Lutèce, les *Parisiaci*, signifiait homme libre. Si cette étymologie est au moins douteuse, le fait lui-même ne l'est pas. Pour acquérir la liberté et les franchises parisiennes, il suffisait de déclarer son intention d'habiter cette cité pendant une année et d'y amener sa famille (1).

Le Parisien avait en outre, de tout temps, joui du droit d'acquérir et de transmettre des biens en franc-alleu. La célebre règle coutumière : *nulle terre sans seigneur*, s'arrêtait aux portes de la capitale. Dès que l'alleu du bourgeois était fondé sur un titre, il était exempt de toute charge, il ne relevait du roi ou du seigneur haut justicier qu'en matière judiciaire. Réputé bien noble jusqu'à la rédaction de la coutume de 1510, il était par conséquent soumis au droit d'aînesse. Le bourgeois de Paris était ainsi traité en gentilhomme, soit dans sa personne, soit dans ses propriétés ; c'était même un honneur périlleux pour les familles, comme le fit remarquer le président

droit de posséder, comme les nobles, des fiefs et des arrière-fiefs avait été concédé en mai 1457 par Charles VII aux habitants de la ville de Bourges, qui avaient été en même temps exemptés du ban et de l'arrière-ban. — Un arrêt du Parlement de Paris, du 27 août 1703, maintint les bourgeois de Paris dans le droit de vendre en gros dans leurs caves le vin de leur crû, sans le ministère des jurés vendeurs de vin et sans être tenus de déclarer la vente.

(1) *Sentences du parlouer aux bourgeois*, année 1308.

Baillet lors de la rédaction de la coutume : les maisons et les héritages tenus en franc-alleu et auxquels n'étaient attachés ni fiefs, ni droits de justice, ni censives, appartenaient exclusivement dans les successions à l'aîné qui, par là, dépouillait complètement ses frères et sœurs lorsqu'il n'existait pas d'autres immeubles. Les trois Etats décidèrent donc en 1510 que ces alleux se partageraient désormais roturièrement, c'est-à-dire également entre tous les enfants issus du même lit, et le droit d'aînesse ne fut plus appliqué qu'aux biens allodiaux pourvus des signes extérieurs de la noblesse.

Mais la royauté avait accordé une faveur plus considérable encore au bourgeois parisien ; elle lui avait assuré une juridiction unique, placée à côté de lui et à laquelle nul ne pouvait le soustraire. Le 9 novembre 1465, des lettres-patentes de Louis XI, reproduisant une première concession de Charles-le-Bel, octroyèrent aux habitants de Paris le privilége de ne pouvoir être cités comme défendeurs que devant les tribunaux de leur résidence (1). Ils ne pouvaient appeler leurs débiteurs devant le prévôt de Paris, mais ils pouvaient, en matière civile, décliner la juridiction de tous les juges du dehors, lors même qu'il s'agissait d'une affaire réelle. C'était là le principal intérêt du privilége, car, en matière personnelle, le droit commun exigeait que, comme tout autre défendeur, le bourgeois de Paris fût cité devant le juge de son domicile. Il était donc autorisé, en toute cause réelle, à demander son renvoi devant le prévôt qui siégeait dans la capitale, et, en cas de refus, à appeler au parlement ; de plus à faire évoquer au Châtelet les demandes en garantie diri-

(1) Voici comment s'exprimait à cet égard l'art. 112 de la coutume : « Par privilége notoire des bourgeois de Paris, en matière civile, ne peuvent être les bourgeois de ladite ville contraints plaider ni répondre en défendant ailleurs qu'en la ville de Paris, pour quelque cause et privilége que ce soit. »

gées contre lui, et y attirer ainsi la demande originaire, à moins qu'il n'eût reconnu la validité de l'action en garantie, cas auquel on pouvait lui permettre de comparaître devant le juge saisi de la demande principale.

Ce privilége de juridiction cessait de s'appliquer : 1° en matière criminelle (1) ; 2° quand il était primé par celui de *committimus*, c'est-à-dire quand le bourgeois de Paris était assigné en vertu du droit de *committimus* devant les Requêtes du palais ou la juridiction de l'Hôtel ; 3° quand il était cité devant un juge seigneurial par son seigneur en reddition de foi et hommage, en paiement de cens ou en reconnaissance de la directe ; 4° quand il s'agissait d'un compte de tutelle, ce compte devant être rendu devant le juge qui avait nommé le tuteur (2) ; 5° en matière de commerce, lorsque le Parisien était cité devant la juridiction commerciale lyonnaise ; 6° en matière universitaire, le recteur de l'Université de Paris étant seul compétent pour connaître des causes intéressant les membres de cette université.

Le bourgeois de Paris était exempt de tailles, sauf lorsqu'il prenait à ferme d'autrui une terre dans un village taillable, bien qu'il n'y demeurât point (3). Il ne payait pas la taille pour les maisons qu'il louait hors des murs de la capitale, mais supportait la taxe des pauvres et les autres charges municipales imposées aux habitants des paroisses hors Paris, où il avait résidé plus de cinq mois consécutifs. Enfin, il échappait à cette contribution réelle pour toutes les terres qu'il cultivait lui-même ou qu'il faisait labourer hors de l'enceinte parisienne, pourvu qu'il n'y employât pas plus d'une charrue, et ne payait

(1) V. les termes généraux de l'ord. de 1564, art 19, de l'ord. de Moulins, art. 19, et de l'ord. d'août 1670. Mais la question était controversée.

(2) Ordonnance d'avril 1667.

(3) Ordonnance d'Orléans, art. 128.

aucune taxe sur les denrées provenant de ses fonds, à la condition de faire enregistrer ses titres de propriété et de représenter un certificat du collecteur du lieu où il faisait valoir ses biens.

III. *Bourgeois des seigneurs.* — Nous avons jusqu'à présent examiné la condition des hommes libres qui avaient obtenu le privilége de bourgeoisie soit par leur association à une commune jurée, soit par leur résidence dans une bonne ville royale ou une ville de prévôté, soit en s'avouant bourgeois du roi. Il est maintenant nécessaire de rechercher quel était l'état des personnes qui, dans les documents féodaux, portent le nom de bourgeois des seigneurs. Ici, le sens du mot peut être, selon les cas, fort différent.

Ainsi l'archevêque de Sens possédait au xve siècle la terre de Brienon près Joigny, et y avait, dit un compte de 1452, « des bourgeoisies appelées franchises, et les peut-on vendre ou échanger comme héritage, et sy en peut faire Monseigneur de nouveau ce que bon lui semble, et doit chaque bourgeois annuellement 12 deniers tournois. Et sont les dits bourgeois de telle condition que, si l'un des dits bourgeois va de sa vie à trépas sans hoirs de son corps, Mgr prant la succession entièrement, quelque part qu'il soit demeurant au dit conté. Et se il se marie en personne franche ou serve, et il aye enfans, Mgr pet et doibt requérir partage à l'autre seigneur et sera la moitié des enfans à Mgr et l'autre moitié à l'autre seigneur, et après le partage les enfants demoreront de la condition qu'ils sortissent en ce faisant (1). » Ces bourgeois soumis au droit de mainmorte et dont les seigneurs se partagent la descendance, ce sont uniquement des serfs. Bien antérieurement, en 1188, Pierre de Courtenay et Agnès sa femme font remise à leurs bourgeois libres d'Auxerre,

(1) *Bulletin de la Société des sciences de l'Yonne*, 1851, p. 221.

burgensibus de Antissiodoro liberis, de la mainmorte qu'ils avaient sur eux (1). Quelle était donc cette liberté, cette bourgeoisie qui ne permettait ni au père de disposer de ses biens en faveur de son fils, ni au fils de recueillir la succession de son père ? Evidemment il ne s'agit pas ici de libres citoyens comme ceux de Cambrai, de Laon, de Bourges ; ce ne sont que des affranchis, qui ne jouissent que d'une demi-liberté. Ils sont néanmoins réputés bourgeois, parce qu'ils ont, d'une part, conquis la franchise de leur personne et que, de l'autre, ils paient à leur seigneur une redevance annuelle, prix et marque de leur affranchissement, redevance d'ailleurs variable selon les localités (2), quelquefois même supprimée, ce qui fait donner aux habitants le nom de *francs-bourgeois*, mais qui est en général le signe de leur qualité. Du reste, ces prétendus bourgeois n'en restent pas moins tenus à des devoirs serviles ; ils sont obligés de suivre leur seigneur à la chasse et de pêcher ses étangs ; ils lui doivent des corvées et contribuent entre eux aux frais des jugements criminels, lorsqu'il n'y a point de partie civile, afin de décharger d'autant le seigneur haut justicier. Aussi sont-ils, en échange, déchargés eux-mêmes d'une partie des amendes ordinaires de justice, quand ils en ont encouru qnelques unes. Enfin, partout, ils demeurent sous la juridiction exclusive de leur seigneur et ne peuvent s'y soustraire qu'en s'avouant bourgeois du roi et en allant passer les quatre fêtes solennelles de Noël, de la Pentecôte, de St Jean-Baptiste et de la Toussaint, sur une terre royale, ou en fixant définitivement leur résidence sur le domaine d'un autre suzerain.

La bourgeoisie seigneuriale n'était donc pas, à propre-

(1) *Id.*

(2) Un septier d'avoine dans le Berry, 12 deniers tournois dans le Nivernais, une géline, une demi-livre de cire ou une somme d'argent en certains villages de Bourgogne.

ment parler, une bourgeoisie. C'était un acheminement vers elle. Elle avait été établie autant dans l'intérêt des seigneurs que dans celui des serfs eux-mêmes. Etre bourgeois d'un baron équivalait, pour l'homme libre, à être son justiciable. L'art 9 du tit. 9 de la coutume du duché de Bourgogne disait : « L'homme de mainmorte peut désavouer son seigneur et soy avouer homme franc de mondit seigneur duc, en observant les formalités requises. » Par là, le duc de Bourgogne obtenait un double résultat : il s'attribuait un privilége royal, puisqu'il conférait la bourgeoisie par aveu comme le roi ; de plus, il accroissait sa justice au détriment de celle des seigneurs. Mais en même temps, il favorisait les affranchissements et la diminution de la mainmorte. Malheureusement pour la cause de la liberté, les conditions dans lesquelles le désaveu pouvait se produire étaient fort rigoureuses, d'après le droit féodal. Il ne suffisait pas en effet au mainmortable de faire notifier par un sergent son désaveu au bailliage de son domicile, il était en outre tenu d'abandonner son *meix* les meubles et les héritages qu'il possédait sous son seigneur, dans le lieu où existait la mainmorte, et il ne conquérait ainsi la franchise qu'au prix de sa propriété. C'est pourquoi, en Bourgogne, la bourgeoisie par aveu ne fut jamais très-fréquente. Le duc y suppléa en fondant des bourgs francs qui communiquèrent leurs immunités aux hommes de condition servile attirés dans leurs murs. A son exemple, les barons d'un rang inférieur ouvrirent l'accès de leurs terres et leurs villages aux serfs de leurs voisins en leur offrant l'appât de la bourgeoisie.

Au XIIIe siècle, un comte de Tonnerre, désireux de favoriser le développement de l'agriculture dans une contrée fort aride, au lieu que l'on appela depuis ce moment le gîte de Cruzy, accorda aux serfs de son comté le singulier privilége que voici : tous ceux qui venaient le jour de leurs noces dans la châtellenie de Cruzy et y acquit-

taient les devoirs de bourgeoisie, devenaient bourgeois du comte, et justiciables de sa cour. Ils échappaient ainsi aux vexations de leurs anciens seigneurs, qui ne conservaient sur eux que le droit de connaître à leur égard de causes peu importantes, comme du salaire de leurs ouvriers ou des dépenses faites dans les tavernes. La bourgeoisie de Cruzy devint promptement populaire, et son succès fut tel que plusieurs seigneurs durent au xv° siècle, peu avant l'époque où les guerres mirent fin à ce privilége, conférer à leurs serfs la liberté, « comme s'ils avaien testé le jour de leurs premières noces au giste de Cruzy. »

Si de telles concessions n'étaient point désintéressées de la part de leurs auteurs, le besoin de protéger les franchises ainsi obtenues donna naissance à une institution qui fit mieux encore peut-être les affaires de la liberté. Cette institution fut celle de la *bourgeoisie de parcours*.

Le droit féodal avait, comme nous l'avons vu plus haut, posé en principe que l'homme libre qui venait s'établir dans un pays de servitude personnelle sans avouer le seigneur du lieu devenait serf, ici dès le jour de son établissement, là après une résidence d'une année (1). Pour mettre la franchise personnelle à l'abri de cette confiscation, et pour engager en même temps les hommes libres à entretenir des relations commerciales entre deux seigneuries différentes, il fut admis que lorsqu'un accord serait intervenu à ce sujet entre les seigneurs des deux terres, le bourgeois qui passerait de l'une dans l'autre ne perdrait ni sa liberté ni sa bourgeoisie. On donna le

(1) On lit dans la coutume de Resay, art. 2 : « La terre et seigneurie de Resay est terre serve et de serve condition, en telle manière que tous manants et habitants en icelle, et qui y viennent demeurer par an et jour, sont acquis au seigneur serfs de serve condition, sinon qu'ils aient fait aveu de bourgeoisie à mon dit seigneur ou autres ayans puissance de recevoir nouveaux aveus. » (V. Beaumanoir, ch. 45.)

nom de *parcours* ou *d'entrecours* à la convention qui garantissait ainsi la sécurité des personnes, et celui de *bourgeois de parcours* à l'homme franc qui en profitait. L'art. 78 de la coutume de Vitry fait une allusion formelle à l'accord conclu à cet égard entre les seigneurs de Bar et de Champagne. En certains cas, il était admis que le bourgeois pourrait demeurer à son gré dans l'un ou l'autre des territoires unis par le contrat sans être atteint par la loi de sa nouvelle résidence.

Le parcours ne s'appliquait pas seulement aux hommes libres, il pouvait être également stipulé au profit des serfs. En ce cas, les hommes de deux fiefs avaient permission de passer de l'un à l'autre et de quitter leur seigneur pour se placer sous la puissance de l'autre partie contractante, sans être soumis au droit de suite, ni au droit de formariage. Pour user de ce droit de libre circulation, les serfs payaient le plus souvent une taxe à leurs seigneurs, car toute concession faite à la liberté était, au moyen âge, un prétexte à finance. Il arrivait même qu'un baron exigeait une redevance de celui avec lequel il traitait de la faculté d'*entrecours*, lorsqu'il existait une grande différence entre les contenances respectives des territoires parcourus. Ainsi, au XIIe siècle, le comte de Tonnerre percevait un droit des moines de l'abbaye de Molesmes, en indemnité du préjudice que lui causait le parcours de leurs serfs.

Le bourgeois de parcours avait donc le choix entre les divers seigneurs unis par la convention. Il pouvait, en changeant de domicile, se placer sous la juridiction de celui qui lui convenait davantage et lui offrait les plus solides garanties. Il pouvait en outre, sans déplacement, s'avouer bourgeois du roi, et, dans ce cas, il n'était pas tenu d'exhiber des lettres de bourgeoisie ; il lui suffisait d'un simple aveu, suivi du paiement d'une taxe au profit du trésor royal. L'art. 136 de la coutume de Sens

l'indique formellement : « les bourgeois de parcours, dit-il, qui sont bourgeois du ressort de Sens ès marches de Champagne, se peuvent avouer bourgeois du roy, par simple aveu, sans montrer par écrit leur bourgeoisie, en payant par chacun an douze deniers parisis au Roy (1). » Cette dispense, bien insignifiante et bien mince en apparence, des lettres de bourgeoisie, fut, en réalité, une immense concession et exerça une influence considérable sur le développement de la classe moyenne. Dès qu'il suffit d'une déclaration verbale, jointe à l'acquittement d'une taxe modérée, pour s'exempter de la juridiction des seigneurs hauts justiciers et devenir justiciable des bailliages royaux, chacun voulut être bourgeois du roi. Par suite, les seigneurs furent forcés d'abaisser les redevances qu'ils percevaient pour la bourgeoisie, afin de retenir leur droit de juridiction sur les hommes libres qui habitaient leurs terres. Insensiblement ces taxes bourgeoises payées aux seigneurs s'amoindrirent ; elles furent soit spontanément abandonnées ou remises par leurs bénéficiaires, soit réduites par des transactions, soit, sur les contestations des habitants, abolies par autorité de justice. Mais il en subsista néanmoins des exemples jusqu'à la fin du XVIIIe siècle.

§ IV. *Comment se perdait le droit de bourgeoisie*

La qualité de bourgeois se perdait par toutes les causes qui entraînaient la déchéance du droit de cité ou de la qualité de français.

Elle se perdait également par la translation du domicile hors de la ville de bourgeoisie, quand elle était subordonnée à la possession de ce domicile, pourvu que la translation fût volontaire et sans esprit de retour. Le

(1) Il en était de même dans le bailliage de Troyes.

bannissement par exemple n'emportait pas extinction du droit de bourgeoisie (1). De même, le bourgeois qui, après s'être absenté de la ville, y rentrait en manifestant l'intention d'y « reprendre demeurance, » était censé ne l'avoir jamais quittée (2). Mais souvent le séjour d'un an et jour hors de la cité était réputé une renonciation suffisante à la qualité de bourgeois (3).

Elle se perdait enfin par l'acceptation d'une bourgeoisie dans un autre lieu (4).

Quant à la bourgeoisie du roi, j'ai déjà dit que l'on pouvait y renoncer.

(1) Cout. de Douai, ch. XIV, art. 4.

(2) Cout. de Douai, ch. XIV, art. 3 ; de Binche, art. 72.

(3) Id. ch. XIV, art. 1.

(4) Arrêt du parlement de Flandre, du 19 avril 1741.

TITRE III

RÉGNICOLES NE POSSÉDANT PAS TOUS LES DROITS CIVILS

Les régnicoles pouvaient être privés soit totalement, soit partiellement de la jouissance des droits civils. Dans la première classe se trouvaient ceux qui avaient fait profession de foi religieuse et ceux qui étaient frappés de mort civile. La seconde comprenait les bâtards, les serfs et les mainmortables, les Juifs, Lombards et Protestants, les infâmes, les lépreux et cagots, d'une part, les femmes, les mineurs, les prodigues et les fous ou aliénés d'esprit, de l'autre; les uns étaient incapables par suite d'une idée de déchéance, les autres par suite d'une idée de protection. Nous ne nous occupons dans ce titre que des personnes incapables par suite d'une idée de déchéance.

CHAPITRE I

RELIGIEUX PROFÈS

Pothier dit dans son *Traité des personnes* que la profession religieuse consiste dans la séparation du siècle et qu'elle suppose par conséquent l'abdication volontaire de tous les droits que comporte la vie civile. Il serait donc possible de comprendre les religieux et les morts civils

sous une dénomination unique, celle de *morts civilement*, puisque le droit coutumier rangeait la profession religieuse au nombre des causes qui opéraient l'exclusion des droits civils, exclusion dont, par une comparaison plus hardie que juste, on avait fait une image de la mort naturelle. Mais il est plus convenable d'examiner à part cette cause spéciale de la mort civile, de ne point la confondre avec les pénalités criminelles qui, tout en produisant des effets identiques, en différaient essentiellement par les caractères moraux. L'ordonnance de 1747 sur les substitutions distinguait d'ailleurs formellement la profession religieuse de la privation des droits résultant de condamnations judiciaires, à laquelle elle réservait le nom de mort civile. Nous maintiendrons ici cette logique distinction.

A l'origine du monarchisme, le droit romain n'enlevait pas aux religieux la jouissance des droits civils, et je n'ai pas besoin d'ajouter que le droit canonique s'était inspiré à cet égard d'une disposition aussi favorable, qui leur laissait la liberté de disposer de leurs biens. Mais les moines ne conservèrent pas longtemps cette jouissance : la novelle 5, ch. 5, et l'authentique *ingressi* les frappèrent bientôt d'une sorte de mort civile, en les dépouillant de la propriété de ce qu'ils possédaient, propriété qui passait au monastère dans lequel ils faisaient profession. Leurs biens les suivaient en entier, à partir du jour de leur profession. Si le religieux quittait le couvent, pour rentrer dans la vie civile, il y rentrait nu, sans aucune propriété, *substantia ejus in monasterio remanet*. Cette expression de *substance* était caractéristique. Elle s'étendait aux meubles comme aux immeubles : c'était l'homme lui-même qui était dépouillé. Les empereurs chrétiens avaient porté si loin la faveur qu'ils accordaient en cela aux ordres monastiques, que si un religieux n'avait pas disposé en faveur de ses enfants avant d'entrer en religion, ces enfants ne pouvaient plus lui demander ensuite que leur légitime.

Non seulement le monastère succédait au moine, mais encore, comme, d'après la loi civile et la loi canonique (1), le religieux était capable de succéder pendant sa vie à ses parents, et qu'en faisant profession il avait consacré à Dieu sa personne et ses biens, sa *substance*, la succession de ses proches ne s'arrêtait pas sur sa tête. Elle passait au monastère qui héritait à sa place.

La prétendue capacité de disposer ou de succéder que le droit romain reconnaissait aux personnes vouées à la vie religieuse n'était donc qu'une apparence : elle n'avait été déterminée que dans l'intérêt des corporations qui attiraient ainsi à elles les biens des familles et les transformaient en biens ecclésiastiques. La Gaule chrétienne tint donc, soit dans les pays de droit écrit, soit dans les pays coutumiers, pour une maxime constante que le monastère ne succédait pas au religieux et que, si celui-ci ne disposait pas de ses biens avant sa profession, sa succession était ouverte *ab intestat*, comme s'il était mort naturellement. La profession religieuse devint une sorte de mort civile. *Hæc authentica ingressi*, dit Godefroy, *in Gallia non servatur : monasterium enim non succedit religioso, sed proximi ab intestato*. Cela devint en quelque sorte une loi fondamentale de l'Etat, adoptée par la plupart des coutumes et tous les juristes (2).

(1) L. *Deo nobis*, § *hoc etiam*, Code, *de episcop. et cleric.* Can. *nam licet*, 19, quest. 3.

(2) *Anciennes cout.* de Bretagne, art. 510; *anc. cout.* du Berry ; *cout.* d'Orléans, art 334 ; *cout.* de Paris, art. 152 ; *cout.* réformée de Paris, art 337 ; *cout.* d'Anjou, art. 249, et du Maine, art. 267 ; *cout.* de Troyes, art. 105; *cout.* du duché de Bourgogne, art. 81, *cout.* de Normandie, art. 273 ; Dumoulin, sur la quest. 122, *de Gall.*; Rebuffe, *in const. rég.* gl. 5; Boucheul, sur Poitou. t. 2, p. 270, 287 ; Fresne, sur Amiens, p. 158; la Lande sur Orléans, art. 334 ; Coquille, *Institut.* p. 128, et *sur Nivern.* p. 425 ; Bouvot, sur la *cout. de Bourgogne*, t. I, part. 3, p. 289, et t. 2, p. 694, 695 et 697; Loisel, *Inst. coutum.*, liv. 2, tit. 5, art. 29; Louet et Brodeau, lett. C., ch. 8, et lett. R., ch. 42 ; Ricard, *des donat.*, part. I, ch. 1, section 5 ; Lebrun, *des succes.*, liv. I, ch. 1, sect. 3.

Par le même motif, les religieux ne purent succéder *ab intestat* à leurs parents, ni par conséquent leur monastère pour eux.

Il avait été nécessaire d'insérer cette prohibition expresse dans le texte des coutumes officielles, afin d'établir sur ce point une dérogation formelle aux dispositions du droit romain et du droit canonique, bien que, même dans les pays de droit écrit, malgré l'autorité reconnue de ces deux législations, la maxime que le religieux profès ne peut succéder fût universellement reconnue et appliquée. François Ier ayant été informé en 1532 que, dans une partie du Dauphiné, voisine du Piémont, on suivait un usage contraire, rendit à Châteaubriant une ordonnance portant que les religieux et religieuses, à quelque ordre qu'ils appartinssent, mendiants ou non, ne pourraient, depuis leur profession, recueillir quelque succession qui leur advînt, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, mais seraient frappés à cet égard d'une incapacité absolue. Cette disposition était générale et comprenait tous les religieux, quelque fût l'âge auquel ils avaient prononcé leurs vœux, même ceux qui étaient en état de minorité. La rigueur était extrême, car elle ne permettait pas de rétablir dans ceux de leurs droits qu'ils auraient ainsi perdus les profès dont l'entrée dans la vie monastique avait été prématurée et qui semblaient n'avoir, à raison de leur âge, apporté à cette profession qu'un consentement peu réfléchi. Aussi l'ordonnance d'Orléans rendue en 1560, après avoir fixé l'âge auquel on pouvait prononcer les vœux religieux, décida-t-elle que les hommes mineurs de 25 ans et les filles âgées de moins de 20 ans conserveraient leur capacité de succéder et de tester, nonobstant leur profession, et que, pendant trois mois après l'âge compétent, ils pourraient disposer au profit de leurs parents. Mais, en 1579, l'ordonnance de Blois vint modifier cette disposition et déclara sans exception les

biens des religieux acquis à leurs plus proches héritiers *ab intestat*. Cette dernière ordonnance s'appliqua sans changement jusqu'à la Révolution (1).

La profession religieuse faisait donc, dans l'ancien droit, perdre la vie civile. Elle se consommait par la prononciation des vœux solennels. Ces vœux n'étaient réputés solennels que lorsque cinq conditions étaient réunies.

1° Il fallait que l'ordre dans lequel le profès entrait fût approuvé par l'Eglise et par l'Etat.

2° Il fallait que les vœux eussent été régulièrement reçus par un supérieur ecclésiastique, à ce délégué conformément aux constitutions de l'ordre.

On ne reconnaissait pas les professions tacites, bien que certaines coutumes y aient fait allusion et que l'ordonnance de 1629, art. 9, leur ait accordé les mêmes effets qu'aux professions formelles, après vingt ou trente ans. L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 15, prescrivait au contraire de tenir registre des professions, afin de prévenir tout abus. En général, on ne pouvait suppléer à la profession par la simple vie conventuelle ou par le port de l'habit religieux : *l'habit ne fait pas le moine, mais la profession* (2).

3° Il était de plus nécessaire que le profès eût l'âge requis. Pendant longtemps, aucune limite d'âge n'avait été fixée pour l'entrée dans la vie religieuse. Les mineurs même pouvaient faire profession sans l'autorisation de leurs père et mère, à moins qu'ils ne fussent d'un âge qui

(1) Elle inspira même la législation de quelques pays voisins, comme celle de la Franche-Comté, qui était alors terre d'Empire, et qui accordait aux moines le droit de succéder. Sur la demande des Etats de cette province, un édit de 1581, rendu par l'autorité espagnole, réduisit ce droit à la succession mobilière et à l'usufruit des immeubles. (Dunod, *Observ. sur la cout du comté de Bourgogne*, p. 534.)

(2) *Non tonsura facit monachum, non horrida vestis*, avait dit autrefois le B. Anselme dans son traité *de contemptu mundi*.

excluait évidemment tout consentement. L'ordonnance d'Orléans apporta la première, en 1560, une restriction à ce droit absolu, en dehors des prescriptions canoniques; son art. 19 fixa à 25 ans pour les hommes et à 20 ans pour les femmes l'âge auquel ils seraient admis à faire profession. L'ordonnance de Blois, de 1579, voulut mettre sur ce point d'accord la législation civile et la législation canonique et, conformément aux canons du Concile de Trente, elle adopta l'âge de seize ans accomplis (art. 28). Parvenus à cette date de la vie, les enfants purent faire leurs vœux sans la permission de leurs parents, et, en cas d'opposition de la part de ceux-ci, leur profession demeurait valide, lorsque la justice s'était assurée que leur vocation était sincère (1). Si l'enfant souhaitait seulement à cet âge faire des vœux religieux, les père et mère pouvaient toutefois, d'après la jurisprudence du parlement de Bourgogne, obtenir sur requête qu'il se rendît chez eux pendant trois ou six mois ou, à défaut, chez un proche parent, pour éprouver sa vocation. Passé ce délai, le juge interrogeait l'enfant qui recevait la permission de prononcer ses vœux, si sa résolution persistait (2). Un édit de mars 1768, renouvelé par lettres patentes du 17 janvier 1779, revint sur la fixation de l'ordonnance de Blois et n'autorisa la profession religieuse qu'à partir de 21 ans accomplis pour les hommes et de 18 aussi accomplis pour les femmes. Il ajouta que tous ceux qui feraient des vœux avant cette époque demeureraient capables de tous les actes de la vie civile.

Il est bon de remarquer que ni les conciles, ni l'ordonnance de Blois, ni celle d'Orléans, ni les coutumes ne prononçaient la nullité des vœux formés avant l'âge requis;

(1) Un créancier ne pouvait s'opposer à la profession religieuse de son débiteur. (Arrêt du parlement de Normandie, du 6 fév. 1643.) Ce droit était réservé aux père et mère.

(2) Davot, *Traité de droit français*, 2e édit., t. I. p. 248.

seulement les personnes qui avaient fait profession avant cet âge conservaient leurs droits civils jusqu'au moment où elles auraient acquis le pouvoir d'émettre des vœux, et même, comme nous l'avons vu un peu plus haut, pendant trois mois après, selon l'ordonnance de Blois. Quand ce délai était expiré, la profession liait le profès, et, sauf le cas où elle aurait été viciée par une cause de nature à altérer la liberté du consentement, le religieux était condamné à la mort civile.

4° Aux termes de l'ordonnance de Blois, il devait s'écouler au moins un an d'intervalle entre le jour où le religieux avait pris l'habit et celui de sa profession. En outre, cette ordonnance défendait de recevoir les vœux d'une jeune fille avant qu'elle eût été examinée par l'évêque et que sa vocation lui eût paru sincère, sérieuse, véritable. La vêture, comme la profession elle-même, devait être constatée par un registre coté et parafé tenu en double, dont un exemplaire restait au couvent et dont l'autre était déposé au greffe du bailliage (1). Le novice, le supérieur du monastère et deux témoins devaient apposer leur signature sur ce registre (2). Pendant cet intervalle, qui séparait la prise d'habit de la profession, et qui était considéré comme un temps d'épreuve, le religieux n'était point atteint par la mort civile; il conservait tous ses droits, et pouvait tester, recevoir, aliéner, disposer de tous ses biens. Les capitulaires de Charlemagne et la jurisprudence défendaient aux monastères de donner l'habit de novice à un fils ou à une fille de famille sans l'autorisation de ses père et mère.

5° Enfin, il était indispensable que les vœux fussent libres et volontaires. Par conséquent, la crainte, l'erreur, le dol, la violence pouvaient les annuler, s'il était démon-

(1) Déclaration de 1736.

(2) Ord. de 1667, tit. 20, art. 16.

tré que les causes d'altération de la volonté avaient été assez puissantes pour faire impression sur l'esprit d'un homme raisonnable.

Afin de ne pas laisser incertain l'état du profès pendant un temps trop prolongé, un délai de cinq années lui était accordé pour former sa réclamation contre ses vœux. Ce délai partait du jour de la profession, à moins que la cause qui viciait le consentement ne se fût continuée depuis, cas auquel les cinq ans ne couraient qu'à partir du jour où cette cause avait cessé. Le délai expiré, le religieux était non recevable à présenter aucun moyen de nullité (1). Ces moyens devaient être proposés devant l'officialité épiscopale, qui ordonnait une enquête et déliait le religieux de ses vœux, lorsqu'elle établissait l'existence du vice imputé au consentement. Il n'était pas nécessaire, d'après la jurisprudence (2), de se pourvoir devant le St-Siége pour obtenir un bref relevatoire. Mais l'expiration du délai de cinq années n'était pas indispensable pour que la profession religieuse produisît tous ses effets. A dater de l'émission des vœux solennels, le religieux devenait incapable d'aucun acte de la vie civile, et sa succession était *ipso facto* déférée à ses plus proches successibles.

Quelles étaient les congrégations dans lesquelles l'engagement professionnel faisait perdre la capacité civile ? La jurisprudence ancienne divisait les ordres religieux en quatre classes : ceux où l'on faisait des vœux solennels, ceux où l'on ne faisait que des vœux simples, ceux où l'on faisait à la fois ou successivement des vœux simples et des vœux solennels, et ceux où l'on ne faisait aucune espèce de vœux.

Il était évident que tout individu qui prononçait des

(1) Arrêts des 6 févr. 1680 et 11 janv. 1706.

(2) *Journal des audiences*, t. V, liv. VII, ch. 18; arrêt du parlement de Normandie, du 19 avril 1763.

vœux solennels perdait toute capacité civile, quelque fût d'ailleurs le titre de la congrégation dans le sein de laquelle il entrait. Ainsi les clercs réguliers, qui prononçaient des vœux de cette nature, étaient assimilés aux religieux profès. Ceux au contraire qui prononçaient seulement des vœux simples conservaient tous leurs droits, succédaient à leurs parents et pouvaient disposer, soit en leur faveur, soit au profit d'étrangers.

Les moines de Cïteaux, malgré un privilége spécial qu'ils prétendaient avoir obtenu à cet effet, les chevaliers de Malte étaient atteints par la mort civile. Ceux-ci ne pouvaient disposer par testament, avec la permission de leur grand maître, que du sixième de leurs meubles. Mais ils n'étaient incapables de succéder que lorsqu'ils étaient revêtus d'une commanderie. Jusque là ils avaient droit de demander à leurs frères et sœurs une pension alimentaire sur la succession paternelle.

Les ermites qni avaient fait des vœux étaient également incapables de succéder ou de tester, lorsque leurs vœux avaient été sanctionnés par l'évêque. Mais en l'absence de tout vœu solennel, ils conservaient la jouissance de leurs droits civils. Les pères de la doctrine chrétienne étaient réputés incapables de succéder; mais ceux de l'Oratoire ne l'étaient pas, et le droit de posséder ou de succéder leur avait même été explicitement reconnu par deux déclarations de Louis XIII, de 1611 et de 1629.

A l'égard des jésuites, la jurisprudence se livra pendant de longues années à des variations assez étranges. Il y a deux temps d'épreuves chez les jésuites. Le premier est un noviciat de deux ans, après lequel le novice s'engage par des vœux simples. Le second commence après les premiers vœux et ne finit que lorsque les supérieurs estiment à propos de recevoir le candidat et de l'admettre à la profession solennelle. Jusque là, il peut être congédié et rentrer dans le monde comme s'il n'en était jamais sorti.

Depuis l'établissement de l'Institut en France jusqu'en 1594, époque de leur premier exil, les jésuites qui n'avaient prononcé que des vœux simples étaient considérés comme capables des actes de la vie civile, au sein même de la société.

On sait que leur rétablissement en France n'eut pas lieu sans difficultés. Aussi lorsque Henri IV se décida à les rappeler en 1603, leurs adversaires parvinrent à mettre à ce rappel quelques conditions. On représenta au roi qu'il ne convenait pas de laisser aux jésuites la jouissance des droits civils pendant leur séjour dans la compagnie, bien qu'ils n'y fussent encore liés que par des vœux simples, et, conformémenl à cet avis, l'édit de septembre 1603 les déclara, après leurs premiers vœux, incapables de recueillir aucune succession directe ou collatérale, comme les autres religieux, sous la réserve d'être restitués dans tous leurs droits, s'ils venaient à être licenciés ou congédiés par leurs supérieurs.

Le Parlement de Paris n'enregistra cet édit qu'après des remontrances qui ne furent pas accueillies. Aussi décida-t-il en 1631 et 1632 que les jésuites étaient incapables de succéder après l'émission de leurs premiers vœux, même lorsqu'ils sortaient de la compagnie. Il n'entraîna pas toutefois les autres parlements dans sa résistance. Plusieurs cours appliquèrent l'édit de 1603 dans toute son étendue. Celle de Bordeaux notamment admit, le 4 juillet 1697, les membres de la compagnie licenciés dans les cinq ans depuis leurs premiers vœux à recueillir les héritages auxquels ils avaient été appelés.

Cette variété de jurisprudence parut regrettable. Deux jeunes novices qui avaient été déclarés incapables de succéder se pourvurent en cassation. Les jésuites se joignirent à eux, et, en 1701, le parlement de Paris ayant demandé au roi d'interpréter l'art. 5 de l'édit de

1603, Louis XIV nomma des commissaires pour examiner la question. De cette étude sortit la déclaration du 16 juillet 1715. Elle portait que tous ceux qui, après être entrés dans la société par l'émission des vœux simples, seraient licenciés ou congédiés avant l'âge de 33 ans accomplis, rentreraient dans tous leurs droits échus ou à échoir avant ou depuis leurs vœux, sans néanmoins qu'ils pussent prétendre à aucune restitution de fruits jusqu'au jour de leur demande. Ainsi leur état civil était en suspens jusqu'à l'âge de 33 ans. S'ils restaient dans la compagnie. ils étaient censés avoir perdu leurs droits dès le jour où ils avaient prononcé leurs vœux simples. S'ils en sortaient, ils étaient au contraire réputés ne les avoir jamais perdus. Le droit romain n'avait pas plus mal traité les captifs.

Cependant si le jésuite, congédié après sa 33e année, pouvait rentrer dans les biens qu'il possédait avant ses premiers vœux, ou recueillir les héritages échus depuis sa sortie, il n'était pas dépouillé de ses autres droits civils. Il en recouvrait au contraire la plénitude à l'exception du droit de succéder; il avait capacité pour tester ou pour recevoir par donation à cause de mort ; il pouvait exercer le retrait lignager, au moins dans les pays dont les coutumes ne faisaient pas de cette faculté un accessoire du droit de succéder. Enfin, rien ne s'opposait à ce qu'il contractât mariage, s'il n'avait pas reçu les ordres sacrés.

Tel fut l'état de l'ancien droit à l'égard des membres de la compagnie de Jésus jusqu'aux édits de la fin du XVIIIe siècle qui prononcèrent la dissolution de l'Institut en France. Il est à peine utile d'ajouter que l'édit de mai 1777 qui autorisa les ci-devant jésuites à vivre en simples particuliers sur le territoire français, les déclarait à l'avenir capables de recevoir tous legs et donations, de tester, de contracter, de faire en un mot tous les actes de

la vie civile, comme tous les autres sujets du roi. Mais cet édit maintint l'interdiction de recueillir aucune succession contre ceux qui avaient quitté la société après l'âge de 33 ans ou qui avaient atteint cet âge lors de l'édit de novembre 1764, par lequel la compagnie avait été dissoute.

Les religieux profès qui étaient élevés à la dignité épiscopale, étant sécularisés, recouvraient par cette élévation la vie civile. Ils devenaient ainsi capables de tester, sauf aux yeux de quelques jurisconsultes, et de transmettre leur succession *ab intestat* à leurs pareuts, pourvu que cette succession comprît seulement des biens acquis hors du monastère (1). En revanche, ils ne pouvaient pas succéder à leurs parents (2), ce qui ne se justifiait guère, puisque la doctrine les réputait restitués par l'épiscopat dans l'intégrité de leurs droits civils.

L'incapacité prononcée contre les religieux était plus rigoureuse que celle dont étaient frappés les morts civilement par suite de condamnations judiciaires. Elle entraînait l'interdiction absolue du commerce et de tous les contrats du droit des gens. Les personnes qui avaient traité avec un religieux profès n'avaient aucune action contre lui, et réciproquement, il n'avait pas d'action contre celles qui s'étaient obligées à son égard. Celui qui n'avait pas de bénéfice était incapable d'ester en justice. Mais le profès auquel un bénéfice avait été concédé pouvait plaider pour ce bénéfice ainsi que pour le pécule qui en résultait. Il avait donc la capacité de contracter des

(1) *Cout.* de Paris, art. 336 ; de Troyes, art. 206. V. Lebrun, *des successions*, liv. I, chap. 1, sect. 3 ; Loyseau, *Traité des ordres*, ch. 3, n° 66 ; Melenet, *sur la cout. de Bourgogne*, t. II, p. 17, 120, 121 : Pothier, *Traité des personnes*, part. 1, tit. 3.

(2) Arrêt du parl. de Paris du 11 mai 1638 : Lebrun, *des successions*, liv. I, ch. 1, sect. 3 ; Taisand, *sur la cout. de Bourgogne*, art. 23 du titre *des successions* ; Louet, lett. E, ch. 4 ; Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, tit. V, art. 28.

dettes et d'obliger, par réciprocité, ses débiteurs à se libérer envers lui, lors même qu'il aurait dû recourir, dans ce but, à l'exercice de la contrainte par corps.

En règle générale le religieux ne pouvait posséder, si ce n'est pour l'ordre et en son nom. Il passait sous la puissance du monastère dont il faisait partie. Ce qu'il acquérait devenait un bien de la communauté, comme ce qu'acquérait l'esclave passait entre les mains de son maître. Il lui était interdit de rien recevoir à titre gratuit. Toutefois ce principe comportait deux exceptions. D'une part, l'usage autorisait le religieux profès à posséder des bénéfices réguliers. Il avait par suite le droit de les administrer et d'en percevoir les revenus. De l'autre, certains ordres confiaient à leurs membres des administrations à gérer. Les bénéfices et ces gestions donnaient naissance à un pécule, dont le bénéficier ou le gérant pouvait disposer par acte entre vifs, puisqu'il avait liberté de l'affecter à son entretien. On ne lui contestait pas non plus la faculté de contracter, de s'obliger ou d'obliger les autres envers lui à raison de ce pécule, appelé pécule de *cotte-morte*. Mais il lui était absolument interdit d'en disposer par testament ou par tout autre acte à cause de mort. Après son décès, le supérieur régulier, dans les derniers temps, l'abbé commandataire lui-même s'emparait, par *droit de dépouille*, du pécule amassé au sein de la communauté, à la condition d'acquitter les dettes contractées par le religieux, mais seulement jusqu'à concurrence de l'émolument perçu. De cette dépouille, on faisait ordinairement deux parts : l'une affectée aux besoins de la communauté, l'autre qui appartenait à l'abbé (1).

(1) C'était la jurisprudence du grand Conseil, appuyée sur un concile de Saumur, de 1253. V. Denisart, *Dictionnaire*, V° *Cotte-Morte*. Le parlement de Paris adjugeait au contraire le pécule d'un religieux-curé aux pauvres et à la fabrique de la paroisse desservie par lui. (Arrêt du 4 févr. 1710.)

Le profès ne pouvait contracter mariage, depuis le second concile de Latran, de 1139, et le concile de Trente; ce mariage était radicalement nul. L'union célébrée avant la prononciation des vœux pouvait elle-même être dissoute, si elle n'avait pas été consommée (1).

Le religieux ne pouvait jouir des droits de famille ni des droits de citoyen. Il était admis à témoigner en justice dans une information criminelle ou une enquête civile, parce que son témoignage n'avait alors d'autre but que d'aider à la manifestation de la vérité (2). Mais il lui était interdit de servir de témoin à un acte solennel, comme un testament, et l'acte dans lequel il comparaissait avec cette qualité était nul (3).

La veuve qui se faisait religieuse perdait son droit d'habitation, alors même que celui-ci lui aurait été accordé en argent. Mais elle ne perdait pas son douaire, qui ne s'éteignait que par la mort naturelle et non par la mort civile; seulement le douaire profitait au monastère, qui était substitué à l'usufruit de la veuve (4).

Il est manifeste que les religieux, étant incapables de succéder, ne pouvaient recueillir un fief par succession. A cet égard même leur incapacité était double, puisqu'ils ne pouvaient rendre les devoirs de fief. Aussi les coutumes qui n'avaient pas admis, par exception, l'incapacité absolue de succéder prononcée contre eux par l'ordonnance de 1532, et qui reconnaissaient aux monastères le droit de recueillir les successions advenues à leurs profès,

(1) Décision du pape Alexandre III, *de convers. conjugat.*, ch. II.

(2) Ord. de 1670, tit. 6, art. 3.

(3) Arrêts du parl. de Toulouse, du 26 juin 1640; arrêts du parl. de Paris du 22 mai 1645 et du 1er avril 1656; ord. de 1735, art. 41.

(4) Dunod, *Observ. sur la cout. du comté de Bourgogne*, p. 541.

avaient-elles cru nécessaire d'inscrire dans leur texte des dispositions prohibitives au sujet des fiefs (1).

On voit que, s'il ne faisait pas obstacle à la vie religieuse, l'ancien droit favorisait peu les religieux. La loi nouvelle a-t-elle été plus libérale? Oui, sans doute, le moine n'est plus frappé de mort civile ; oui, il peut acquérir, posséder, succéder, transmettre en son nom privé, il est citoyen, cela devrait suffire. Mais la législation ne se préoccupe-t-elle pas encore de ses vœux, quoiqu'elle affecte de ne plus les reconnaître ? N'a-t-elle pas, au contraire, en se les appropriant, exagéré les suspicions de l'ancienne jurisprudence? Quoiqu'elle ait proclamé la liberté humaine, même pour celui qui l'abdique volontairement, a-t-elle tenu toutes ses promesses à son égard? Il y a des mots qui réveillent de si grandes idées et de si grandes espérances qu'ils semblent puissants par eux-mêmes. Le mot de liberté a ce prestige. Dès qu'ils l'entendent, les hommes en sont charmés et dominés, ils se croient en possession de la liberté aussitôt qu'ils en parlent ; ils se figurent aisément qu'ils l'ont donnée dès qu'ils l'ont promise. Cependant rien n'est plus décevant que cette illusion, et rien n'est plus rare que la liberté véritable, car elle n'est véritable qu'à des conditions auxquelles les mots ne suffisent pas. La première de ces conditions est qu'elle existe pour tous, qu'elle soit égale pour tous,

(3) V. notamment la coutume du comté de Bourgogne, tit. *des fiefs*, art. 17, et tit. 19, art. 4. Elle interdisait absolument aux religieux de transmettre des fiefs à leur communauté et permettait au seigneur d'obliger celle-ci à s'en dessaisir dans l'an et jour sous peine de commise. Cette disposition était d'ailleurs conforme à la règle coutumière qui obligeait les établissements de mainmorte à indemniser les seigneurs du préjudice que leur causait l'achat d'une terre féodale par une corporation au sein de laquelle ne se produisait aucune mutation donnant lieu à des droits fiscaux (Loysel, *Instit. coutum.*, liv. I, tit. I, art. 57) ; mais la coutume du comté de Bourgogne, voulait quelque chose de plus : elle voulait sanctionner la prohibition faite aux religieux de transmettre des fiefs à leur communauté.

qu'elle ne reste un privilége pour personne. La seconde est qu'elle soit efficacement garantie. La troisième enfin est qu'elle s'applique à tout, sous la réserve, bien entendu, de ne point froisser les droits d'autrui et, par conséquent, qu'elle ne soit point concédée sur un point pour être retirée sur un autre. Or, sans propriété, il n'y a point de liberté. Sans le droit de disposer au profit de tous, même au profit de sa famille selon le cœur, quand on peut d'ailleurs disposer au profit de sa famille selon le sang, sans le droit de posséder en commun quand on peut posséder individuellement, il n'y a pas encore de liberté. Le libéralisme dont la loi s'enveloppe n'est alors qu'un voile trompeur qui ne parvient pas à déguiser la tyrannie. Il faut nettement dans ce cas confesser, avec l'ancien droit, que la société civile prend ses précautions contre la société religieuse, qu'elle la met en quarantaine et qu'elle ferme devant elle ses barrières. L'ancienne législation avait donc au moins le mérite de dire franchement qu'elle ne respectait pas sur ce point la liberté.

CHAPITRE II

MORTS CIVILS

Outre la profession religieuse, les jurisconsultes de l'ancien droit reconnaissaient deux autres causes de mort civile : l'expatriation et la condamnation judiciaire à certaines peines afflictives et infamantes.

En examinant la question de savoir comment les régnicoles perdaient leurs droits civils et en traitant des absents, j'ai déjà parlé de l'expatriation. Il convient pourtant de rappeler à cet égard la législation des ordonnances. Les lois romaines avaient placé l'abandon de la patrie parmi les causes qui entraînaient la *media capitis deminutio.*

L'exil volontaire, la transmigration produisait les mêmes effets, relativement à la vie civile, que la condamnation connue sous le nom d'*interdictio aquæ et ignis*. Louis XIV ressuscita en quelque sorte cette peine, dans son édit d'août 1669, contre les Français qui abandonnaient le royaume sans sa permission.

« ... Nous aurions été informé, dit-il dans cet édit, que, pendant la licence des derniers temps, plusieurs de nos sujets, oubliant ce qu'ils doivent à leur naissance, ont passé dans les pays étrangers, y travaillent à tous les travaux du corps dont ils sont capables, même à la construction des vaisseaux, s'engagent dans les équipages maritimes, s'y habituent sans dessein de retour, y prennent leurs établissements par mariage et par acquisition de biens de toute nature et les servent utilement, contre ce qu'ils nous doivent et à leur patrie..... A ces causes, nous avons fait et faisons très-expresses inhibitions et défenses à tous nos sujets, de quelque qualité et condition qu'ils soient, de se retirer de notre royaume pour aller s'établir sans notre permission dans les pays étrangers..... à peine de confiscation de corps et de biens et d'être censés et réputés étrangers, sans qu'ils puissent être ci-après rétablis ni réhabilités. » La déclaration du 18 mai 1682 défendit à tous les gens de mer d'aller s'établir à l'étranger sous peine des galères perpétuelles. L'édit du 13 septembre 1699 prononça la même pénalité contre les protestants qui sortiraient du royaume sans l'autorisation souveraine, et rappela que leurs biens seraient confisqués. Il résultait de toutes ces ordonnances que l'expatriation ne produisait pas *ipso facto* la mort civile, puisque les fugitifs devaient être l'objet d'une sentence judiciaire. Par suite, elle était plutôt, malgré les termes de l'édit de 1669, la conséquence de la peine des galères ou de la réclusion perpétuelles prononcée contre les émigrants que celle de leur émigration même. Il est donc plus logique de dire que la mort

civile proprement dite ne résultait que de certaines condamnations judiciaires.

On réputait morts civilement :

1° Les condamnés à la mort naturelle par contumace, et ceux qui décédaient après cinq ans sans s'être représentés ou avoir été arrêtés. La mort civile produisait ses effets à leur égard à partir du jour de l'exécution du jugement de contumace (1).

2° Les condamnés aux galères perpétuelles (2).

3° Les bannis à perpétuité hors du royaume (3). La perpétuité et le bannissement hors des frontières françaises étaient deux conditions indispensables à l'existence de la mort civile. Si elles n'étaient pas réunies, celle-ci n'était pas encourue. Lorsque le condamné était seulement banni d'un lieu du ressort du tribunal ou à temps, il conservait ses droits. *Nec enim quis ad certum tempus intelligitur mori* (4). Les juges royaux avaient seuls le pouvoir de prononcer cette peine. Les juges seigneuriaux ne le possédaient pas, au moins dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence.

4° Les condamnés à la prison ou à la *chartre* perpétuelle, peine fort peu usitée, si ce n'est à l'égard des ecclésiastiques, pour lesquelles elle est mentionnée par quelques coutumes, notamment par celle du Nivernais (5).

(1) Ord. de 1670, tit. 17, art. 29.

(2) Même art.

(3) Même art.

(4) Cependant la coutume d'Auvergne, tit. 29, art. 2, prononçait la confiscation des biens contre celui qui était banni à perpétuité, soit du royaume, soit *du pays*. Mais cette disposition était isolée.

(5) Ch. II, *des confiscations*, art. 8. Coquille fait à ce sujet observer que la prison perpétuelle pouvait être prononcée non-seulement contre les clercs, mais aussi contre les laïques. V. en ce sens Févret, *Traité de l'abus*, Bourjon, *Droit commun de la France*, et Legrand, *sur la coutume de Troyes*.

La servitude civile ou militaire, c'est-à-dire l'état de serf ou de prisonnier de guerre n'entraînait pas la mort civile. Le serf ou le captif perdait bien la liberté de fait, mais il conservait celle de droit, en ce sens qu'il pouvait faire les actes civils que son maître ne lui défendait pas.

La mort civile n'était encourue que par les individus condamnés judiciairement aux peines indiquées plus haut. L'exil et la rélégation prononcés par le roi seul, sans l'intervention d'une justice réglée, n'entraînaient ni déchéance ni incapacité. La sentence même d'un tribunal militaire, rendue contre un soldat pour délit exclusivement militaire, n'enlevait aucun droit au condamné qui mourait *integri status* et transmettait ses biens à ses parents (1).

La mort civile ne pouvait, en outre, résulter que d'une condamnation contradictoire. Quand cette condamnation intervenait, elle produisait ses effets à partir du jugement définitif. Si au contraire l'arrêt était rendu par contumace, le condamné perdait, du jour de l'exécution par effigie, *l'exercice* de ses droits civils. Mais la perte de leur *jouissance* était suspendue pendant cinq ans. Mourait-il dans ce délai, ou obtenait-il après son décès, sur la demande de sa famille, des lettres de réhabilitation qui purgeaient sa mémoire? Il était réputé décédé *integri status*. Se représentait-il volontairement? Des lettres « d'ester en droit », accordées sur sa requête, le rétablissaient dans l'exercice de ses droits jusqu'à un nouveau jugement contradictoire. Mais était-il arrêté? Il ne pouvait recevoir de lettres « d'ester en droit », et l'effet de la première sen-

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. I. sect. 2. — Cependant cette opinion était contredite par certaines jurisconsultes. tels que Basnage, sur l'art. 143 de la coutume de Normandie, et Davot, sur celle du duché de Bourgogne. L'art 6 de la déclaration du 17 janvier 1730 leva toute espèce de doute en ce qui concerne la désertion, punie de mort, et qui entraîna désormais la mort civile.

tence subsistait jusqu'à la seconde, qui était le point de départ de la mort civile.

Par exception à ces principes, après trente ans, la mort civile était irrévocable, parce que le condamné ne pouvait plus se représenter et purger sa contumace. S'il décédait après le délai de cinq ans, il était également réputé mort civilement à partir de l'exécution par effigie.

La mort civile résultant d'une condamnation judiciaire avait la plupart des effets que nous avons indiqués en étudiant la condition des religieux profès. Elle était pourtant, en général, moins rigoureuse à l'égard des condamnés qu'à celui des moines, puisqu'elle ne leur interdisait pas de faire le commerce. Mais elle résolvait la société ; elle dissolvait la communauté conjugale, tout en laissant subsister le mariage, avec cette différence que la mort civile du mari permettait à sa conjointe de partager l'actif de la communauté avec les héritiers de son époux, dans les pays dont la coutume repoussait la confiscation, ou avec le fisc, dans ceux où cette peine était autorisée, tandis que la mort civile de la femme ne privait pas le mari de son droit sur les acquêts de la communauté ; elle les lui assurait au contraire par voie de non-décroissement (1). En d'autres termes, lorsqu'un crime commis par la femme entraînait la confiscation de ses biens, cette confiscation ne pouvait porter que sur ses propres et non sur les acquêts de communauté, sur lesquels le mari avait des droits à exercer (2). A l'égard de ces derniers, la communauté n'était réellement dissoute qu'à la mort naturelle. Il y avait une autre raison pour attribuer au mari les meubles et les acquêts après la confiscation opérée. C'est que la mort civile n'opérant pas la dissolution du mariage, mais celle de la communauté seulement, les obligations qui

(1) *Cout.* du Nivernais, tit. *des confiscations*, art. 4.

(2) Bacquet, *des droits de justice*, ch. II, n° 3 ; Loysel, *Inst. cout.*, liv. VI, tit. 2, art. 27.

naissaient de l'union conjugale ne cessaient pas de subsister. Or, l'époux avait le devoir de nourrir et d'entretenir sa femme jusqu'à sa mort naturelle. Il fallait donc lui laisser les moyens de subvenir à ses besoins et de remplir cette obligation (1).

La mort civile du mari autorisait encore la femme à répéter tous les avantages qui lui avaient été faits par son contrat de mariage, avantages qui échappaient à la confiscation pratiquée sur les biens du condamné. La mort civile équivalait en effet à cet égard à la mort naturelle, *naturali æquiparatur*. Nous verrons plus loin, d'après une ordonnance de St-Louis, relative au Languedoc, que le contraire s'observait au XIII[e] siècle; mais celle de Philippe-le-Bel de janvier 1303 s'était conformée strictement sur ce point à la doctrine de la novelle 134 : *si vero mulieres habeant qui condemnati sunt, omnibus modis jubemus istas et dotem et ante nuptialem donationem accipere*, et la jurisprudence était unanime à appliquer cette solution (2).

Jusqu'à l'ordonnnance de 1747, dont le titre 1, art. 24, décida formellement que la mort civile donnerait lieu à l'ouverture du fidéicommis, comme la mort naturelle, la jurisprudence se divisait sur cette question ; elle inclinait toutefois à admettre que la mort civile ne suffisait pas et qu'il fallait attendre le décés naturel du fidéicommissaire pour saisir le substitué (3).

(1) *Cout.* de Melun, art. 11; de Meaux, art. 208 ; de Sens, tit. v, art. 26, 27; de Laon, art. 12, 13 ; d'Auxerre, art. 28, 29; de Montargis, ch. v, art. 3, 4; Legrand, sur la *cout. de Troyes*, art. 135; Bretonnier sur Henrys, t. IV, p. 131 ; Chasseneuz, sur la *coutume de Bourgogne*, rubr. 2, § 2, *in princ.*, n° 5. — *Contrà*, Bouhier, t. II, p. 481 ; arrêt du parlem. de Paris, du 14 mai 1703.

(2) Arrêts du parl. de Bourgogne des 20 mars 1554, 5 janv. 1555 ; de Paris, des 3 mai 1575, 13 mai 1601, 7 janvier 1605, juillet 1623. Brodeau sur Louet, lett. C, ch. 35, n° 6.

(3) V. Taisand, sur la cout. de Bourgogne, tit. 23 des *successions*, note 1 ; Bretonnier, *Recueil alphab.*, v° *Substitution*, p. 404 ; Ricard, *des dispositions conditionn.* traité 2, ch. 5, sect. 4. — *Contrà*, Bouhier, t. II, p. 468.

J'ai dit plus haut qu'en général la mort civile avait à l'égard du condamné les mêmes effets que la mort naturelle, que ce condamné était dépouillé de tous les droits attachés à la vie sociale, qu'il était, en un mot, réputé ne plus exister. Cela était vrai surtout à l'égard de ses biens corporels ou incorporels. La première conséquence de la mort civile était en effet la confiscation, cette peine odieuse, dont Bodin réclamait hautement, dès le XVI[e] siècle, la suppression du code de toute nation policée.

On entendait par confiscation l'adjudication des biens, droits et actions au profit soit du roi, soit des seigneurs hauts justiciers de la situation des biens, dans les pays dont les coutumes leur avaient reconnu ce privilége, fruit du droit de justice, qui leur était dévolu à l'exclusion du roi et des moyens ou bas justiciers, pourvu que la confiscation n'eût pas été ordonnée pour crime de lèse-majesté, pour hérésie, magie et fausse monnaie, désertion, expatriation, car en ces cas les biens étaient confisqués au profit du trésor royal (1), ou au profit du chancelier, en cas de falsification de sceaux. « Qui confisque le corps, il confisque les biens » disait l'art. 183 de la coutume de Paris (2).

Ce principe était l'application pure et simple de la loi romaine : *damnatione bona publicabantur, quum aut vita adimebatur, aut civitas*. Par conséquent, tout jugement qui prononçait, pour employer l'expression coutumière, la confiscation du corps d'un accusé, renfermait implicitement et de droit la confiscation de ses biens, lors

(1) *Cout.* de Valois, art. 3 ; de Chaumont, art. 95 ; de Vitry, art. 15.

(2) V. aussi *cout* du Nivernais, ch. II, art 1 ; *anc. cout.* de Bourgogne, art. 395, 396, 397 et *cout.* nouvelle de cette province, art. 9. — Quand la peine portée était celle du bannissement temporaire, le seigneur jouissait seulement de l'usufruit des biens pendant la durée de la peine, à l'expiration de laquelle le condamné reprenait ses droits et ses biens.

même qu'elle n'y était pas exprimée, pourvu que la coutume ait édicté cette peine accessoire (1). Par suite encore, toute condamnation régulière entraînant la mort civile emportait de droit la confiscation des propriétés mobilières et immobilières du condamné, ainsi que celle de ses droits et actions. Mais il était des cas où cette confiscation des biens avait lieu, quoiqu'il n'y ait pas eu confiscation de corps. Ainsi, on ne pouvait dire qu'un accusé banni perpétuellement du royaume était confisqué de corps, puisqu'il restait libre de se transporter là où bon lui semblait, excepté dans le lieu d'où il était exilé. Il en était de même dans le cas de suicide : le suicidé n'était ni mis à mort, ni emprisonné, ni banni par autorité de justice. Cependant comme les coutumes, confirmées sur ce point par l'ordonnance de 1670, tit. 22, art. 1, exigeaient qu'on fît le procès à son cadavre et que l'on condamnât sa mémoire, à moins que le suicide n'ait eu lieu dans un accès de démence, le défunt était réputé mort civilement et ses biens étaient confisqués (2).

La confiscation atteignait tous les biens meubles et immeubles du condamné. Elle ne s'étendait toutefois qu'aux biens présents et non aux biens à venir ou à ceux qui étaient dévolus au condamné après sa mort naturelle ou civile et qui étaient attribués à ses plus proches parents

(1) Basnage, sur la *cout. de Normandie*, § 143, p. 218 ; Boucheul, sur celle de Poitou, § 200, n° 16.

(2) Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, t. 2, p. 446 ; Davot, t. I, p. 720. — *Le grand Coutumier de France*, liv. IV, ch. 6, indique combien cet usage était ancien : « Si un homme, dit-il, non suspicionné de crime, est trouvé pendu en lieu privé et secret, où il y a vraie suspicion que lui même se soit pendu, comme désespéré, en ce cas il sera justicié, et ses biens confisquez. » Et les anciennes coutumes de Bourgogne, qui sont antérieures à ce recueil, avaient décidé comme lui : « Se aucun si occit et tue par despérance, le sire en quel justice il est trouvé en doit faire justice, comme s'il avoit tué un autre, car il est homicide de lui mesme. Tous ses biens sont confisquez au seigneur dessous qui ils sont. »

conformément à la règle du droit romain : *publicatis bonis, quidquid postea adquiritur non sequitur fiscum.* Ainsi on ne comprenait pas dans la confiscation les successions qui lui étaient échues après sa condamnation. Réputé incapable de tout acte civil, il ne pouvait recueillir aucun héritage à moins qu'il ne se représentât, en cas de contumace, dans le délai de cinq ans et qu'il ne se fît absoudre. Elle était applicable aux droits de toute nature, même à celui de patronage sur une église, lorsque ce droit était transmissible à un étranger, mais non aux droits stipulés inaliénables, car on ne pouvait confisquer ce qui ne pouvait être aliéné. Cependant, quoique l'ordonnance d'Orléans, art. 12, ait déclaré inaliénables les titres cléricaux, c'est-à-dire les biens constitués à un prêtre pour un service sacerdotal, la jurisprudence les soumettait à la confiscation, en réservant au condamné une somme à prélever sur les revenus à titre d'aliments (1). Le mort civilement avait même une action pour se faire payer de ces aliments. Toutefois Bouhier pensait que cette action n'appartenait pas au condamné par contumace à la mort naturelle, qu'il comparait à l'excommunié, auquel le droit canonique déniait jusqu'au droit de demander des aliments, afin que ce secours ne l'empêchât point de revenir à récipiscence et de s'humilier devant l'Église qu'il avait méprisée.

Les biens donnés à charge de réversion au profit du donateur n'étaient pas sujets à la confiscation, malgré les termes d'un édit de 1539, qui n'avait pas été reçu dans la plupart des parlements. Mais il en était autrement lorsque le donataire avait laissé des enfants, parce qu'alors le donateur n'avait plus aucun droit de retour à exercer sur les biens donnés. Les biens profectices en

(1) Arrêt du parl. de Provence du 24 mars 1672 ; Bouhier t. II, p. 465.

pays de droit écrit n'étaient pas non plus atteints par la confiscation, puisque la pleine propriété de ces biens était réservée au père d'après la loi romaine. Dans les pays coutumiers au contraire, où les enfants étaient émancipés par le mariage, ces biens leur appartenant soit en nue-propriété, soit en usufruit, pouvaient être confisqués sur eux. Quant aux biens adventices, qui étaient transmissibles à un héritier, ils tombaient sous la confiscation.

J'ai dit plus haut que la communauté conjugale était dissoute par la mort civile, mais que celle-ci ne pouvait porter atteinte aux droits du conjoint. Il importe de préciser davantage ce point, sur lequel Loysel résumait la doctrine coutumière en ces termes : « Pour le méfait de l'homme, ne perdent la femme ni les enfans leur douaire et autres biens (1). » — « Ni elle, ajoute Loysel, sa part des meubles et acquests de son mari, par l'avis de M[e] Charles Dumoulin, suivi contre les anciennes coutumes de la France, conformément au privilége octroié aux Parisiens en l'an 1431. »

Ceci demande à être expliqué. A la différence du droit romain, qui conservait à la femme du criminel dont les biens étaient confisqués non seulement sa dot, mais encore tous les avantages que lui avait faits son mari à cause de noces, le droit coutumier primitif tenait pour constant que la confiscation prononcée contre le mari s'étendait, outre ses propres, à tous les meubles et conquêts de la communauté, au préjudice de sa femme. Lorsque Saint-Louis ordonna, par son édit de 1259, qu'en Languedoc les veuves des condamnés pour hérésie seraient payées sur les biens de ceux-ci tant de leurs dots que de

(1) *Instit. Cout.*, liv. 6, tit. 2, art. 25 ; *Cout*, de Melun, ch. 1, art. 11, 12 ; de Sens, art. 26 : de Mantes, ch. 17, art. 194 ; de Laon, tit. 1, art. 12 : de Bourgogne, art. 10, et cahiers de la réformation de cette coutume en 1569, art. 30.

leurs douaires, il fit remarquer que les coutumes décidaient le contraire : *licet de cousuetudine gallicana aliter observatur* (1). L'ordonnance de Philippe-le-Bel, de 1303, avait bien adopté le principe de la loi romaine, à l'égard de la dot ; mais la coutume de Troyes, art. 134, l'ancienne coutume du Nivernais, au témoignage de Chasseneuz, celle de Meaux, ch. 26, art. 208, et des historiens comme Froissart attestent qu'il était d'usage général de confisquer tous les biens et conquêts de la communauté après la mort civile du mari. D'Argentré disait pour l'expliquer que le mari, étant le maître de disposer, pendant l'union conjugale, des acquêts de la communauté, pouvait les aliéner par son délit et que, par conséquent, on devait leur appliquer la maxime : « Est confiscable tout ce qui est aliénable (2). »

C'était une odieuse iniquité. En 1431, les Parisiens obtinrent, paraît-il, de Henri VI, roi d'Angleterre, qui occupait alors leur ville, un privilége spécial ou une ordonnance qui rétablissait la femme dans ses droits. Le texte de ce privilége a été publié par Pithou, dans son commentaire sur l'art. 134 de la coutume de Troyes. Quoiqu'il en soit, l'usage était presque universel et, sauf en quelques lieux, comme la Bourgogne, la femme mariée perdait tous ses droits sur les acquêts, lorsque son mari était atteint de la mort civile. Les lettres-patentes données par Louis XI le 14 mars 1471 reconnaissaient pourtant que les femmes des coupables de lèse-majesté pourraient reprendre leurs dots, mais elles confirmaient la règle en ce qui concernait les conquêts.

Dumoulin eut le premier l'honneur de combattre cette règle et de la faire disparaître. Il s'en glorifie dans ses apostilles sur l'art. 10 de la coutume de Bourgogne et sur

(1) Cazeneuve, *Traité du franc alleu*, p. 292.
(2) D'Argentré, *in ant. cons. brit.* § 423, gl. 2, n° 2.

l'art. 12 de celle du Vermandois, et en effet on ne saurait lui en disputer l'honneur. La révolution qu'il provoqua sur ce point dans la jurisprudence atteignit presque toutes les coutumes, même celles qui avaient expressément décidé le contraire. On cessa de les appliquer et chacun se rangea du côté de l'illustre jurisconsulte. Les droits de la femme furent donc, à partir de cette époque, entièrement respectés, et l'on entendit par ces droits non seulement sa portion dans la communauté et les avantages coutumiers, comme le douaire, mais encore tous ceux que lui avaient faits son mari par contrat de mariage, son préciput en cas de survie, ses bagues et joyaux et le don mutuel stipulé dans la convention matrimoniale au profit du survivant. Quant au douaire lui-même, plusieurs coutumes le conservaient formellement à la femme, en cas de mort civile du mari, bien qu'il ne fût dû en général qu'après le décès de celui-ci (1).

A l'égard des enfants, la mort civile de leur père et la confiscation de ses biens qui en était la conséquence produisaient des effets aussi rigoureux, à peine atténués par la jurisprudence pourtant plus favorable à la femme. Non content de leur faire supporter l'opprobre qui frappait le nom paternel, le droit coutumier les privait de tous les droits qu'ils tenaient de leur naissance. Il adjugeait soit au roi, soit aux seigneurs hauts justiciers, tous les biens du coupable, et livrait ainsi ses descendants à la pitié publique, que comprimait l'infamie à laquelle la loi les faisait participer.

Ce n'est pas que l'opinion ne se révoltât parfois contre cet ostracisme inhumain. Ainsi Dumoulin nous apprend que, lors de la rédaction de la coutume de Montfort, le tiers-Etat avait demandé, conformément au droit romain,

(1) V. *Cout. du Nivernais*, tit. *du douaire*, art. 6 ; Renusson, *Traité du douaire*, ch. 5.

que, les biens confisqués fussent réservés, pour la moitié ou pour le tiers, aux enfants des condamnés; cette réserve ne fut pas, il est vrai, inscrite dans la coutume, mais elle fut adoptée par la jurisprudence, qui, malgré l'opposition un peu embarrassée de plusieurs jurisconsultes, tels que Brodeau, Boucheul, Bacquet, Chasseneuz, Taisand, fut énergiquement soutenue par Bretonnier et Bouhier, sauf en cas de crime de lèse-majesté (1).

Il est bien évident d'ailleurs que les enfants du mort civilement, nés d'un mariage valablement contracté avant la condamnation, conservaient tous leurs droits civils et pouvaient succéder à leurs autres parents, tant paternels que maternels. Mais ceux dont la naissance était le fruit d'un mariage contracté depuis la condamnation, n'étant point légitimes, participaient à l'incapacité de leur père et ne pouvaient recueillir aucune succession, quelle que fût la bonne foi de leur mère. Si cependant, le père venait à être restitué dans ses droits, l'incapacité relative de ses enfants cessait et ils reprenaient leur place régulière avec leurs droits successifs dans la famille.

Le mort civil pouvait rentrer dans ses droits de diverses manières. Ainsi l'expatrié repentant les reprenait par son retour volontaire, au moins dans les pays de droit coutumier, car, dans ceux de droit écrit, le *jus postliminii* était refusé aux citoyens volontairement exilés à l'étranger. Le condamné pouvait obtenir, avant toute exécution de la sentence, des lettres qui prenaient le nom de lettres de *rémission* ou d'*abolition*, quand il s'agissait de la peine de mort, et de *pardon*, quand il s'agissait des galères ou du bannissement, et après l'exécution, des lettres de *rappel* ou de *commutation*, qui étaient plutôt des lettres de grâce et n'avaient d'effet que pour l'avenir, à la différence

(1) V. Maynard, liv. IV, ch. VI, n° 7 et liv. VIII, ch. LXXVIV; La-Roche-Flavin, liv. I, tit. XXXVII, art. 5; Catelan, t. I, liv. II, ch. 98; Boniface, t. II, liv. III, tit. III, ch. 3.

des premières, par lesquelles le crime lui-même était effacé. La délivrance des lettres de pardon et d'abolition était un droit régalien, que les hauts seigneurs s'étaient parfois arrogé sous le droit coutumier primitif, mais qui, depuis l'affaiblissement de la féodalité, demeura réservé au souverain (1). La représentation seule du condamné par contumace après le délai de cinq ans lui rendait aussi ses droits civils soit dans le passé, soit dans l'avenir, quoique la question fût discutée.

Enfin une loi, c'est-à-dire une décision générale du souverain, pouvait réintégrer dans la vie civile les personnes qui l'avaient perdue, lorsqu'elle anéantissait les causes de la mort civile, et cette loi avait un effet rétroactif qui autorisait les condamnés à réclamer les successions recueillies par d'autres à leur place avant la publication de la disposition législative. C'est ainsi qu'on a pu décider que les lois du 10 juillet et du 9 déc. 1790 avaient complétement rétabli les protestants sortis de France dans leur premier état, ce que du reste une ordonnance de Louis XIV avait déjà décidé, en rendant en 1698 aux religionnaires fugitifs qui rentraient en France les successions précédemment ouvertes à leur profit.

En résumé, il ne faut pas se le dissimuler, malgré les tempéraments apportés dans les derniers siècles par la loi et la jurisprudence aux rigueurs primitives de la mort civile, l'ancien droit était en cette matière profondément inhumain, disons mieux, il n'était pas chrétien. Il s'était approprié à la lettre la terrible définition de la *maxima capitis deminutio* romaine : la liberté, la cité, la famille, voilà ce qu'il enlevait à l'homme expulsé de la vie sociale par une condamnation perpétuelle. Il le rayait définitivement de la liste des vivants, il semblait ne plus lui reconnaître d'autre droit que le silence et d'autre asile que la

(1) Ord. de 1670, tit. XVI, art. 5.

tombe. Et cependant cette mort idéale, à ses yeux même, ne pouvait être l'image de la mort réelle. En retranchant le condamné de son sein, la société lui devait encore sa protection, elle devait veiller à la conservation matérielle de son être, elle ne pouvait lui refuser ce qui ne s'implore jamais en vain de l'humanité, elle ne pouvait violer à son égard les lois de la nature. Elle se démentait donc ellemême en lui accordant des aliments et le droit d'être secouru, si son existence était menacée. C'est cette contradiction, à laquelle le code civil n'avait pas échappé à son tour, qui a frappé le législateur de 1854 et qui a heureusement fait disparaître de nos lois une institution surannée, dont la douteuse efficacité n'avait pu jamais racheter la manifeste barbarie.

CHAPITRE III

BATARDS

§ 1. *Condition des bâtards*

« Bâtards, dit d'Aguesseau, est un terme générique qui comprend toutes les différentes espèces d'enfants nés hors mariage. » Cette expression vient, selon Laurière, Du Cange, Ménage et Cazeneuve, des mots bretons-cambriques *baz*, peu élevé, *humilis*, et *tardd*, germer, naître, sourdre. De là les locutions *fils de bas, frère de bas, de bast.*

L'ancien droit ne distinguait point les bâtards nés d'un rapprochement illicite et fortuit, entre personnes libres, des enfants nés au sein du concubinat. Ce dernier, proscrit par la législation, par les mœurs et par l'Eglise, ne créait aucune capacité juridique, et ne produisait aucun effet légal. Il avait été, il est vrai, toléré par la loi canonique primitive (1) et reconnu par les capitulaires (2).

(1) Concile de Tolède, de 400, can. 17; décr. de Gratien, part. I, *dist.* 34, can. 4, 5, 6.

(2) Canciani, *Barbaror. leg. antiq.*, t. III, p. 312.

Mais le droit canonique ne tarda pas à se montrer plus sévère pour les unions illégitimes, même pour celles qui invoquaient l'excuse d'une longue et fidèle cohabitation. Déjà, en 655, le 9e concile de Tolède déclara serfs des Eglises les enfants naturels des prêtres, d'une servante ou d'une ingénue, parce qu'ils devaient leur naissance, dit-il, à un acte honteux. Les décrétales qualifièrent les bâtards de *spurii*, de *filii ex fornicatione nati*; elles les déclarèrent incapables d'être promus aux ordres sacrés, à moins qu'ils ne fussent chanoines ou moines réguliers, et défendirent, même en ce cas, de leur conférer aucune dignité dans l'Eglise (1). Elles les exclurent de la succession paternelle (2), et l'on en conclut qu'ils ne pouvaient recueillir les biens de leur mère. Toutefois, mieux inspirés que la novelle 89 de Justinien, qui n'accordait des aliments qu'aux enfants naturels simples, les papes voulurent que tous les enfants illégitimes, même ceux qui étaient nés *ex nefario coïtu*, pussent réclamer une pension alimentaire à leurs parents.

La législation franque établit aussi une différence entre la condition des enfants légitimes et celle des enfants nés hors mariage, peut-être dès la reconnaissance officielle du Christianisme, mais certainement à partir des capitulaires de Charlemagne (3). La proscription du concubinat dans les lois ne passa pas toutefois immédiatement dans les mœurs, car pendant longtemps le nom de bâtard, surtout dans le midi, d'après Cujas, ne fut pas un terme de mépris. Bartole, Paul de Castres affirment qu'à leur époque il n'avait rien d'odieux. Olivier de la Marche et Philippe de Comines constatent qu'au xve siècle, dans toute

(1) Lettre du pape Alexandre III à l'archevêque de Tours.

(2) Décr. de Célestin III, *qui filii sint legitimi*, cap. 10.

(3) V. *Lex salica emendata*, tit. XIV, § 16 ; Canciani, t. III, p. 355 ; Marculfe, *append. form.* 52, 54. V. déjà pour la Lombardie, édit de Rotharis, dans Canciani, t. I, p 73.

l'Europe, les Allemands seuls le tenaient pour une injure et qu'on ne distinguait guère un enfant naturel d'un enfant légitime.

Il convient toutefois de remarquer que ces écrivains ne font allusion qu'aux bâtards des princes et des seigneurs. Par un respect exagéré pour le sang qui coulait dans leurs veines, ces enfants héritaient de la condition de leur père, et cette règle s'appliqua même, sous nos deux premières dynasties, à la succession au trône, pour ne disparaître qu'à partir des Capétiens. Mais, dépouillés même du droit d'être admis à l'hérédité paternelle, les bâtards des grands seigneurs conservèrent le privilége de la noblesse quand ils étaient reconnus (1). L'article 201 de la coutume d'Artois disait à cet égard : « les bâtards issus de noble génération de par père, et leurs enfants sont réputez nobles, jouissans du privilége de noblesse en toutes choses. » — « Mais, ajoute Loysel, par l'ordonnance du roy Henri-le-Grand, il leur faut lettres. » En effet, l'édit du mois de mars 1600, relatif aux tailles, art. 26, déclara que « les bâtards, encore qu'ils soient issus de pères nobles, ne se pourroient attribuer le titre et la qualité de gentilshommes, s'ils n'obtenoient des lettres d'anoblissement, fondées sur quelques grandes considérations de leur mérite ou de leurs pères, et vérifiées où il appartient », c'est-à-dire aux cours des aides, d'après le règlement de janvier 1634. Louis XIII confirma cette prohibition dans l'ordonnance de janvier 1629, art. 197, et obligea les bâtards à porter une barre dans leurs armes de famille, en leur défendant de prendre le nom paternel ou maternel, sans le consentement des intéressés. L'usage prévalut encore sur le texte de ces édits qui étaient à la vérité, surtout le premier, inspirés par le désir d'accroître les ressources du fisc. Si les bâtards de simples gentils-

(1) Loysel, *Instit. coutum.*, liv. I, tit. I, règle 44.

hommes n'osèrent plus prendre la qualité de nobles, sans être pourvus de lettres d'anoblissement, comme l'exigeaient d'ailleurs quelques coutumes, telles que celles du Maine, de l'Anjou et de Tours, ceux des grands seigneurs, se fondant sur la lettre des ordonnances, qui ne parlaient que des gentilshommes, prétendirent conserver leur noblesse. Les enfants naturels des rois furent princes, ceux des princes reçurent des titres et ceux des seigneurs titrés se dirent gentilshommes. Les simples nobles seuls ou les récents anoblis restèrent soumis aux ordonnances et ne purent transmettre aucun privilége à leurs bâtards; la vanité fit l'usage et celui-ci, comme toujours, l'emporta sur la loi.

Un phénomène presque identique se produisit au sujet de l'admissibilité des enfants illégitimes dans les fonctions publiques. Les édits royaux et les coutumes s'étaient tus à cet égard ; mais le droit canonique avait prononcé contre eux l'exclusion de tout bénéfice. Dans ses fameux articles sur les libertés de l'Eglise gallicane, Pierre Pithou avait posé pour principe que « le pape ne peut légitimer bastards et illégitimes pour les rendre capables de succéder ou de leur estre succédé, ni pour obtenir bénéfices et estats séculiers en ce royaume, mais bien les dispenser pour estre pourveus aux ordres sacrez et bénéfices. » Par suite, l'université de Paris refusait de leur conférer les grades de bachelier et de docteur en théologie. Cette exclusion n'était donc pas en droit controversée : d'Aguesseau, toujours si prudent, n'hésitait pas, au XVIIIe siècle, de la placer dans la bouche et sous l'autorité d'un grand magistrat plus recommandable que Pithou. Néanmoins, la faveur fut encore plus forte que la doctrine et l'on vit fréquemment les enfants naturels des grands seigneurs admis aux charges publiques, grâce au crédit de leurs pères. Il en fut ainsi jusqu'au jour où, par une réaction radicale et exagérée contre un principe sans

cesse violé, la Convention crut devoir assimiler les bâtards aux enfants légitimes et supprimer toute distinction entre eux.

Le droit coutumier primitif reconnaissait donc deux catégories de bâtards : les bâtards des nobles et les bâtards des roturiers. Les uns héritaient de la qualité de leur père; quant aux autres, ils étaient, en général, à l'origine, considérés comme serfs. D'après Brussel, il aurait été admis universellement dans l'ancienne France que les bâtards suivaient la condition de leur mère, en vertu de la règle romaine *partus ventrem sequitur*, que par conséquent le fils naturel d'une serve appartenait au seigneur de celle-ci et que celui d'une femme franche était libre comme elle; cela exista sans doute en certains lieux. Mais dans la plupart des pays coutumiers, on tenait pour serfs ou pour mainmortables tous les bâtards des roturiers. C'était là la règle véritablement générale, sinon universelle (1). Etrangers à la famille, ils étaient assimilés aux aubains et traités comme tels. A ce titre, ils devaient chaque année donner leurs noms au collecteur des mortemains et payer le droit de *chevage* (2). Ils ne pouvaient se marier à une personne d'une autre condition, sous peine de la confiscation de la moitié ou du tiers de leurs biens et d'une amende de 60 sols. C'était le droit de *formariage*. Cette servitude disparut au surplus peu à peu : lors de la rédaction des coutumes, il ne subsis-

(1) *Anc. Cout.* de Bourgogne, art. 19; 1re *cout.* de Laon, art. 6; *Somme rurale* de Boutillier, liv. I, tit. 95; Laurière, Bacquet, d'Aguesseau, Bouhier, t. II, p. 781. Dans le Beauvoisis, au contraire, le bâtard né d'une serve était franc. V. aussi *Cout.* du Bourbonnais, art. 194.

(2) Dans le comté de Dunois, pour assurer le recouvrement de ce droit, le receveur auquel la perception du droit de chevage était affermée se transportait, au moment de l'accouchement, au domicile de la fille ou de la veuve enceinte qui n'avait pas déclaré son état à la justice, et ne sortait point du logis qu'elle n'eût acquitté l'amende.

tait plus que la règle rappelée par Brussel : le bâtard suit la condition de sa mère, et l'enfant né hors mariage d'une mère libre fut libre comme elle.

Une des principales conséquences de la qualité de mainmortable attribuée, à l'origine, à l'enfant naturel, était l'incapacité de disposer par testament. Comme le serf, il ne pouvait tester que de 5 sols au plus; son seul successible était le seigneur sur la terre duquel il vivait. Il n'avait en effet ni parenté, ni famille. Sa succession tombait en deshérence. Les *Etablissements de Saint-Louis* paraissent avoir les premiers apporté quelque adoucissement à cette incapacité. Ils lui permirent *d'aûmoner* ses meubles et autorisèrent sa femme à prendre son douaire sur sa succession mobilière (1). Deux arrêts du Parlement de Paris, de 1279 et de 1327, validèrent, conformément à cette doctrine, les testaments des bâtards, non sans soulever une vive résistance des seigneurs. Au XIV° siècle pourtant, elle semble à peu près acceptée. « Bastard, dit Jean des Mares dans sa 24° décision, si fet testament, ce est tant seulement de meubles et conquêts, car puisqu'il ne succède, il n'a point d'héritage. » La plupart des coutumes l'adoptèrent plus ou moins facilement (2). Quelques-unes s'abstinrent de se prononcer, de manière à laisser la question indécise.En revanche, d'autres se montrèrent beaucoup plus récalcitrantes, et quoique Dumoulin ait pu écrire sur l'art. 29 de celle de Lille : *crebrius in Galliis spurius testari potest*, il est certain que les pays de l'ouest et du nord notamment, très préoccupés de défendre les prérogatives

(1) Liv. I, ch. 97.

(2) V. à cet égard ce qui est rapporté par le procès-verbal de la réformation de la coutume de Bourgogne. du 23 juin 1569 et la coutume de Normandie, art. 276, 416 et 431. V. aussi Boërius, sur la coutume de Bourges. tit. *des testaments*, § 7 ; Chopin, *de morib. And.*, lib. I, tit. II. ch. 41, n° 3 ; Dumoulin, sur l'art. 184 de la coutume du Bourbonnais.

féodales, firent une opposition énergique. Les coutumes d'Anjou, art. 345, du Maine, art. 355, du Poitou, art. 399, de Touraine, art. 245, se bornèrent à limiter la quotité dont les bâtards pouvaient disposer par actes entre vifs et à cause de mort; celle de Bretagne la restreignit également, dans son art. 480, tout en maintenant l'interdiction absolue de tester contre l'enfant naturel adultérin ou incestueux; celles de Lorris, art. 6, ch. 15, du Hainaut, ch. 85, du Bourbonnais, art. 184, firent des réserves à peu près identiques; enfin celle de Clermont, art. 153, se refusa sans exception à revenir sur l'incapacité primitive; mais, au XVIII[e] siècle, elle était tombée en désuétude.

Si le bâtard pouvait disposer comme un autre citoyen, il pouvait posséder et acquérir. Au XIV[e] siècle pourtant, cette faculté n'était encore qu'une simple tolérance, une faveur accordée par le pouvoir royal. En 1329, Philippe-de-Valois la concéda à deux frères nommés des Bordes, « qui n'étaient pas nés de loyal mariage, » mais il ne leur permit d'acheter que « cent livrées » et non plus (1). C'est bien la preuve qu'à cette époque l'enfant naturel n'avait pas cessé d'être mainmortable. Le droit commençait néanmoins à se relâcher de sa primitive rigueur. En Bourgogne, les anciennes coutumes, art. 20, reconnaissaient nettement que « bastard puet acquérir en franc lieu et vendre, quand il lui plaist, sans licence. » Celles de Sens, art. 28, d'Auxerre, art. 31, de Châlons, art. 11, déclarent plus tard qu'il peut posséder des immeubles, des fiefs, des rotures; celles de Laon, art. 7, et de Reims, art. 388 ajoutent à cette reconnaissance implicite de la liberté une disposition plus libérale encore; elles abolissent le droit de formariage. Quant au *chevage*, il s'est éteint de lui-même presque partout, sauf dans le bailliage de Ver-

(1) Loysel, *Instit. coutum.*, liv. 1, tit. 1, art. 42.

mandois, où, d'après Bacquet, il aurait été encore perçu au XVIe siècle.

Ce qui ne disparut pas, ce fut le droit de *bâtardise* lui-même, c'est-à-dire le droit de recueillir tous les biens laissés *ab intestat* par le bâtard, décédé sans conjoint ou hoirs légitimes. Mais ce droit fut altéré successivement et dans son étendue et dans la qualité des personnes qui pouvaient l'exercer.

A l'origine, le droit de bâtardise appartenait aux seigneurs hauts justiciers. Beaumanoir, sur la coutume du Beauvoisis, ch. 45, les *Etablissements de Saint-Louis,* ch. 195, les coutumes de Normandie, art. 147, d'Anjou, art. 41, du Maine, art. 48, et deux arrêts du parlement de Paris, de 1267 et 1307 ne laissent aucun doute sur ce point (1). Il semble même, bien que ce ne soit point certain, qu'à l'origine du régime féodal, en certains lieux, les hauts justiciers exerçaient ce droit en présence d'une postérité légitime. Du moins, la très ancienne coutume de Bretagne, art. 270, déclare sans distinction que les meubles du bâtard appartiennent au seigneur sous lequel il les a gagnés. Mais dès le XIVe siècle, un grand nombre de chartes écartent absolument le droit de bâtardise lorsque le défunt a laissé des descendants nés d'un loyal mariage. En Bourgogne, la charte d'affranchissement de Meuvy, de 1333, stipule que l'*échute* du bâtard appartiendra au seigneur, à moins qu'il n'ait des hoirs légitimes (2). Une ordonnance de Charles VI, de 1383, reconnut formellement aux bâtards le droit d'avoir des héritiers *ab intestat*. Lorsque les cou-

(1) En Bourgogne, le duc appréhendait la succession mobilière et immobilière de l'enfant illégitime à titre de seigneur, à la charge de payer les dettes *raisonnables* et les frais de sépulture. (art. 21 des anciennes coutumes). D'après la coutume de Bretagne, les acquêts du bâtard, mort sans enfants légitimes, appartenaient au seigneur sur le territoire duquel l'acquisition avait été faite, pourvu « qu'il eût » obéissance et moyenne justice. »

(2) Garnier, *op. cit.*, t. II, p. 278.

tumes reçoivent leur rédaction officielle, le principe est absolu : toutes, à l'exception de celle de Saint-Pol, tit. II, art. 27, reconnaissent que le droit de bâtardise ne peut avoir lieu qu'à défaut de conjoint ou d'enfants (1).

Quant à la dévolution de ce droit, il faut distinguer entre les époques. Exclusivement seigneurial tout d'abord, il devint insensiblement royal. Voici comment s'opéra la transformation. A mesure que les bâtards furent mis hors de servitude dans toute l'étendue du royaume, ils firent, pour la plupart, aveu au roi, afin de se placer sous sa protection et d'échapper aux exactions des seigneurs. Ce recours à la tutelle royale se généralisa si rapidement que, dès le temps de Saint-Louis, on admit comme règle qu'ils ne pouvaient choisir, par aveu, d'autre seigneur que le souverain, bien que leur naissance les fît dépendre d'une autre seigneurie (2).

Ainsi, dès le XIIIe siècle, la succession *ab intestat* des enfants illégitimes n'était pas exclusivement dévolue aux hauts justiciers ; elle l'était déjà souvent au trésor royal. Pour cela, il fallait que ces enfants fussent les *hommes* du roi ; mais il n'était point toujours facile de s'en assurer. De là, de fréquents conflits entre les seigneurs d'un côté, et les collecteurs du fisc de l'autre. Afin d'y mettre fin, Philippe-le-Bel rendit en mars 1301 une ordonnance, commune aux bâtards et aux aubains, et qui prescrivit de faire des enquêtes sur la véritable condition des étrangers ou des enfants naturels décédés en terre seigneuriale.

(1) Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, tit. I, art. 47 ; *nouvelle cout.* de Bretagne, art. 473 ; de Berry, ch. XIX, art. 30 ; de Bourbonnais, ch. XVII, art. 186 ; de Melun, ch. XXI, art. 300 ; Bacquet, *du droit de bâtardise*, part. I, ch. VIII.

(2) « Se aucuns aubains ou bastard muert sans hoir ou sans lignage, disent les *Etablissements de Saint-Louis*, liv. 2, ch 30, li roy est hoirs ou li sires souls qui il est, se il muert il cuer del chastel. Mais bastard ne puet faire autre seigneur que le roy en son obéissance, ne en autre seigneurie, ne en son ressort qui soit estable, selon l'usage d'Orléanois et de la Sauloingne. »

La plupart de ces enquêtes furent favorables aux prétentions du roi. On fut par conséquent amené à définir, plus ou moins exactement, les conditions requises pour que les hauts justiciers recueillissent la succession des bâtards. Le *Grand coutumier de Charles VI* nous les fait connaître : « Au roy, dit-il, appartient la succession de tous bastards, soyent clercs ou laïz. Toutefois aucuns haults justiciers en ont jouy; mais, avant qu'ils doivent avoir la succession desdicts bastards, il convient qu'il y ait trois choses concurrentes ensemble : 1° que les bastards ou bastardes soyent nez en leurs terres; 2° qu'ils y soient demeurans; 3° qu'ils y trespassent; *alias non audientur.* » Boutillier, qui écrivait à la même époque, n'est pas aussi précis : il semble même attribuer le droit de succession aux seigneurs exclusivement (1). La transaction dont le *Grand coutumier* relève l'existence ne fut donc pas universellement acceptée, quoique Loyseau l'ait regardée comme une règle constante, et les coutumes se partagèrent sur ce point lors de leur rédaction. Quelques-unes attribuèrent expressément au roi le droit de bâtardise, comme celle du duché de Bourgogne, art. 82. Le fisc devait en ce cas se saisir de la succession dans l'an et jour du décès. D'autres coutumes, telles que celle de Reims, art. 335, l'accordèrent aux hauts justiciers lorsque les trois conditions exigées par le *Grand coutumier* étaient réunies. D'autres enfin l'attribuèrent au moyen justicier, au bas justicier et même au simple seigneur foncier ou censier (2). Quant à celles qui se taisaient, elles furent présumées reconnaître le droit exclusif du trésor royal (3). Lorsque le bâtard était revêtu de l'ordre de la prêtrise, ses immeubles appartenaient au roi, et

(1) *Somme rurale*, liv. I, tit. 103.
(2) V. Nouveau Denizart, V° *Bastardise*, § 1; *cout.* du Maine, 48.
(3) Arrêt du parl. de Paris du 6 août 1782.

ses meubles passaient à son évêque, d'après l'art. 86 de la coutume de Bourgogne.

En un mot, la législation et la jurisprudence coutumières furent constamment en progrès à l'égard du droit de bâtardise. Il fut d'abord un droit absolu d'appropriation de tous les biens du bâtard par le seigneur. Peu après il reçut une première restriction : le bâtard eut la faculté de tester, et, par conséquent, le droit du seigneur ne put désormais s'exercer que sur sa succession *ab intestat*. On reconnut à sa veuve la libre disposition de son douaire : nouvelle limite apportée à l'exercice du privilége seigneurial. On admit ensuite que le bâtard pourrait transmettre sa succession, sans testament, à ses hoirs légitimes; le haut justicier ne lui succéda qu'à défaut d'enfants. On toléra plus tard que son époux survivant pourrait recueillir ses biens de préférence au seigneur (1). Enfin ce seigneur lui-même s'effaça dans la plupart des provinces de France devant le roi, qui put exclusivement recueillir la succession *ab intestat* de l'enfant naturel. Le droit de bâtardise se changea donc lentement, mais nettement en un simple droit de deshérence, dont le nouveau Denizart donne la définition au XVIIIe siècle : « Droit de recueillir les biens qu'un bâtard laisse à sa mort, lorsqu'il n'en a point disposé et qu'il n'a point d'héritier capable de les recueillir. » Il faut toutefois bien comprendre cette définition et ne point lui donner une portée juridique qu'elle ne saurait avoir. Par héritier capable de recueillir la succession de l'enfant naturel, on ne doit entendre que ses descendants directs et légitimes, et non ses père et mère qui ne pouvaient jamais, même en l'absence de postérité, parvenir à sa succession. Le bâtard n'a en effet à sa naissance ni parenté, ni famille : la loi ne lui reconnait donc d'autres héritiers naturels que ceux qu'il a procréés de son corps.

(1) D'Aguesseau, *op. cit.*, *p.* 448.

A cela près, la marche suivie à travers les siècles par la législation coutumière n'est-elle pas intéressante, je dirai presque admirable ? N'est-elle pas un symptôme frappant de l'adoucissement, qu'on me passe le mot, de l'élargissement progressif des mœurs ? Non qu'il faille sans doute méconnaître le vice de l'origine de l'enfant illégitime. Ce vice ne doit jamais être oublié ; il est juste que la loi, gardienne sévère de la moralité publique, élève une ligne de démarcation puissante, sinon infranchissable, entre le fruit d'une honnête union, bénie par Dieu, sanctionnée par les hommes, et celui d'un commerce sensuel et passager. Le législateur doit cette protection au mariage qui seul peut constituer la famille, et qui, par la famille constitue et consolide la patrie. En privant l'enfant naturel non reconnu du droit de prendre part à la succession de ceux dont il tient l'existence, il fait donc une œuvre équitable, parce qu'il prononce moins une incapacité contre cet enfant lui-même qu'une peine contre son ascendant : il frappe celui-ci dans ses affections, il lui interdit l'espoir de se survivre dans sa postérité et de lui transmettre, avec son nom, le fruit patient d'un labeur qui, entre des mains filiales et reconnaissantes, honorerait longtemps sa mémoire, et lui refuse le droit de l'enrichir de ses libéralités. Mais châtier uniquement l'enfant d'une faute qui ne lui est point personnelle, le rendre responsable du hasard de sa naissance, lui défendre de disposer des biens qu'il a acquis par son travail, comme si ces biens avaient une provenance coupable ou suspecte, voilà ce qui était évidemment inique et ce qui ne pouvait être maintenu dans une législation qui revendiquait l'honneur d'être chrétienne. Ce sont là les prohibitions qui disparurent, pour la plupart au moins, de la dernière rédaction des coutumes, et ce progrès, constaté avec gratitude par d'Aguesseau au XVIII[e] siècle, ne saurait échapper à notre estime ni à notre admiration.

En restituant aux enfants illégitimes la libre disposition de leurs personnes et de leurs propriétés, le droit coutumier secondaire rendit donc un implicite hommage aux doctrines les plus élevées du Christianisme. Mais il ne les dépassa point jusqu'à violer le respect qu'exige l'institution doublement sacrée du mariage. « Bastards ne succèdent point, ores qu'ils soient légitimés, » disait Loysel (1); règle que Beaumanoir formulait déjà au XIIIe siècle : « Bien sacent tuil cil qui sont bastart.... qu'ils n'ont droit en nul descendement (2). » Cependant les coutumes différaient sur l'application de cette règle. Les unes, comme celle du duché de Bourgogne, art. 84, prononçaient une prohibition absolue. Les autres admettaient l'enfant naturel à succéder à sa mère et aux parents maternels, conformément à la loi romaine. Mais celles-ci n'étaient pas d'accord sur le mode de succession. Quelques-unes admettaient le bâtard à concourir avec les enfants légitimes. D'autres ne le regardaient comme successible qu'à défaut de ces derniers. Enfin une troisième catégorie se taisait complètement sur le concours des descendants légitimes et des naturels. Un fait curieux, c'est que les pays de droit écrit eux-mêmes n'étaient pas uniformément fixés sur la successibilité des bâtards. Les parlements de Bordeaux, de Toulouse et d'Aix rejetaient la règle romaine, tandis que celui de Grenoble l'appliquait avec persévérance.

L'incapacité de succéder au père et à la mère avait pour corrélation l'interdiction faite à ceux-ci de disposer à titre universel en faveur de leurs enfants illégitimes. Cette interdiction était une pénalité réelle réservée au père et à la mère, puisque les parents collatéraux de ceux-ci pouvaient librement disposer, soit par donation entre vifs, soit

(1) *Instit. coutum.*, liv. I, tit. I, art. 45.
(2) *Coutume du Beauvoisis*, ch. 18, n° 19.

par testament, en faveur des enfants naturels. Mais sur ce point encore, les coutumes étaient peu d'accord entre elles. Du temps de Beaumanoir, les père et mère n'ayant pas d'enfants légitimes pouvaient disposer en faveur de leurs bâtards, comme en faveur d'étrangers, de leurs acquêts et de la cinquième partie de leurs immeubles propres. C'était seulement en présence d'enfants légitimes que les bâtards ne pouvaient recevoir qu'à titre d'aliments (1). Plus tard, Loysel crut formuler une règle générale en disant : « Me Martin Doublé tenoit que bastards ne pouvoient recevoir legs ni de père ni de mère. Ce qui se doit entendre de legs excédant leur nourriture (2). » En réalité, cette règle, qui remonterait à l'an 1392, n'était pas universellement suivie. L'ancienne coutume de Melun défendait en effet au père et à la mère de rien donner, soit par donation, soit par testament, à ses enfants naturels ; mais, lors de sa rédaction officielle, cette coutume fut modifiée et l'art. 218 décida que le bâtard pourrait recevoir de ses parents un legs ou une donation, pourvu que la libéralité ne fût pas immodérée. D'autres coutumes restreignaient la défense au legs (3) ; quelques autres aux donations entre vifs ; enfin certaines se contentaient de l'appliquer au père, sans l'étendre à la mère (4). La jurisprudence n'était guère plus uniforme dans les pays dont la coutume était muette. Cependant elle inclinait en général à valider les legs universels faits aux bâtards par leurs parents, et des décisions de ce genre intervinrent jusqu'au XVIIe siècle, surtout en Flandre. Dès le siècle précédent, Dumoulin, sur la coutume de Lille, art. 12, soutenait que celui-ci ne pouvait recevoir que des dona-

(1) *Cout. du Beauvoisis*, ch. 18, no 20.

(2) *Inst. coutum*. liv. I, tit. I, art. 43.

(3) *Cout.* du Maine, art. 356; d'Anjou, art. 345.

(4) *Cout.* du Poitou, art. 297 ; de la Marche, art. 221 ; de Bretagne, art. 476.

tions ou des legs à titre particulier, et son opinion prévalut définitivement à partir du milieu du XVII[e] siècle. On l'appliqua même aux libéralités faites au bâtard par le père légitime de son père naturel, ainsi que le constate un arrêt du parlement de Paris du 19 février 1731.

Si l'ascendant pouvait disposer à titre particulier en faveur de son enfant né hors mariage, il lui devait à plus forte raison des aliments, jusqu'à ce que celui-ci fût en état de subvenir lui-même à ses besoins. « Qui fait l'enfant doit le nourrir, » disait Loysel. Ce principe du droit naturel ne fut jamais méconnu et la coutume de Bretagne, art. 478, en faisait même l'objet d'une disposition expresse. La plupart des coutumes laissaient principalement peser l'obligation de fournir des aliments sur le père et ne l'imposaient à la mère qu'au défaut de celui-ci. Mais cette obligation leur paraissait si impérieuse qu'elles accordaient une pension alimentaire même au bâtard adultérin ou incestueux, conformément à la disposition du droit canonique, qui avait en ceci dérogé au droit romain. L'adultérin ne participait pas du reste aux faveurs accordées par la jurisprudence aux simples bâtards nés *ex soluto et soluta*. Ses parents lui devaient seulement la nourriture, mais ne pouvaient ni lui faire un legs particulier, ni le légitimer, du moins par mariage subséquent.

Outre les aliments, les filles naturelles pouvaient demander à leur père (1) une somme suffisante pour leur constituer une dot et leur permettre un établissement. Mais la fixation de cette somme était arbitraire et proportionnée à la qualité comme à la fortune de l'ascendant.

L'éducation des bâtards était le plus ordinairement confiée à la mère, et lorsque les tribunaux étaient appelés

(1) On sait comment la paternité était alors démontrée. Lorsqu'au milieu de l'accouchement une fille avait attesté, sous serment, que son enfant avait X... pour père, sa déclaration était irréfragable. *Creditur virgini parturienti*. Cela donna naissance aux procès les plus scandaleux.

à statuer sur la filiation des enfants naturels, ils omettaient rarement d'ordonner à la personne qui demeurait chargée de cette éducation de faire élever l'enfant dans la religion catholique. D'après Loysel, quelques coutumes disaient qu'un bâtard, après qu'il est né, est *hors de pain*, ce qui signifiait émancipé. Par suite, il pouvait consentir à l'aliénation de ses biens, dès l'âge de discrétion, ou 15 ans, tandis que les enfants légitimes n'avaient cette faculté qu'à 21 ans pour les mâles et à 18 pour les filles (1). On reconnaissait d'ailleurs que l'enfant naturel n'était pas soumis à la puissance paternelle et pouvait se marier sans le consentement de son père ou de sa mère.

§ II. *Légitimation des bâtards*

Les bâtards pouvaient être légitimés de deux manières: par mariage subséquent, ou par lettres de légitimation.

1° *Mariage subséquent.* — Ce mode de légitimation était le plus parfait. Il effaçait complétement la tache de bâtardise et assimilait l'enfant naturel à l'enfant légitime, sauf dans le cas où il était adultérin ou incestueux.

L'enfant ne cessait pas d'être incestueux, lorsque le père et la mère avaient obtenu avant sa naissance, mais postérieurement à sa conception, des dispenses qui leur permettaient de contracter mariage malgré leur alliance ou lien de parenté ; il ne cessait pas d'être adultérin, quoique les liens qui retenaient dans le mariage son père ou sa mère eussent été rompus après sa conception, mais avant sa naissance. La tache restait imprimée sur l'enfant d'une manière indélébile, parce que la faute commise ne pouvait être effacée par un événement postérieur (2). Cette opinion n'était point partagée par les canonistes, mais elle

(1) *Cout.* du Hainaut, ch. 85, art. 1, et de Mons, ch. 6, 7,8.

(2) Coquille, question 28 ; Bacquet, ch. XI, n° 3 ; Furgole, ch. 6, sect. 2, n° 181.

avait pour elle l'unanimité des jurisconsultes civils et a été consacrée par notre code.

Il était donc nécessaire, pour la légitimation d'un bâtard par mariage subséquent, que ses parents fussent libres lorsqu'il avait été conçu. Il fallait en outre que le mariage n'eût pas été contracté *in extremis*, d'après la déclaration de 1639, art. 6 et l'art. 8 de l'édit de mars 1697.

Pour légitimer l'enfant né avant le mariage, on le plaçait avec ses père et mère sous le poële que l'on tenait étendu sur la tête de ceux-ci. Cet usage fort ancien paraît s'être introduit en France avec la légitimation elle-même, sous la 3e race. Jusque là, on appliquait le code Théodosien, dans lequel ne se trouvent pas les constitutions par lesquelles Zénon et Constantin permirent de légitimer les enfants *per subsequens matrimonium*. L'observation de cette pratique, décrite par Beaumanoir, ne fut jamais d'ailleurs strictement imposée et, sauf en quelques localités, elle était tombée en désuétude au dernier siècle.

La légitimation par mariage subséquent était considérée avec tant de faveur qu'elle révoquait la donation comme la survenance d'enfants, quoique le légitimé fût né avant la libéralité (1).

2° *Lettres de légitimation*. — Les effets de la légitimation par lettres du prince étaient beaucoup moins étendus. Elle effaçait la tache imprimée à la naissance du bâtard ; elle lui rendait les honneurs, selon le mot de Laurière, c'est-à-dire la place qui lui appartenait dans la famille des ascendants ; elle le mettait à même de remplir des offices, de recevoir des bénéfices ou des dignités publiques ; elle lui permettait de recueillir les donations et les legs universels qui lui étaient faits par ses père et mère, mais elle ne l'autorisa pas toujours à recueillir leur succession *ab intestat* ou celle des autres membres de la

(1) Brodeau sur Louet, lett. D ; ord. de 1731.

famille. Sur ce point il y eut beaucoup de variations dans la jurisprudence. Tout d'abord, la légitimation par lettres du prince avait rendu le bâtard habile à succéder *ab intestat* à ses père et mère, comme l'enfant légitimé par mariage subséquent (1). Puis, il fut admis qu'il ne pouvait être habilité à succéder que lorsque les lettres de légitimation contenaient une clause expresse à cet effet, et lorsque son père ou sa mère avait consenti à la légitimation. Ce consentement suffisait pour le rendre capable de succéder à tous ses parents, bien que ceux-ci n'eussent point donné leur assentiment formel aux lettres, et n'eussent pas été appelés à leur entérinement. Enfin, dans le dernier état de la jurisprudence, le légitimé pouvait recueillir la succession paternelle ou maternelle lorsque les lettres avaient été enregistrées, même sans clause expresse, mais il n'était admis à celle des autres parents que lorsque ceux-ci avaient formellement consenti à l'enregistrement. En un mot, d'après cette jurisprudence, il fallait que tous les intéressés, quels qu'ils fussent, eussent adhéré à la légitimation. Par suite, le bâtard d'un homme franc et d'une mainmortable, légitimé par lettres du prince, restait mainmortable comme sa mère, si le seigneur de la mainmorte n'avait consenti à sa légitimation et assisté à l'entériment des lettres qui la prononçaient (2). De même, ces lettres n'auraient pas suffi à autoriser un bâtard mainmortable, commun en biens avec le défunt, à se dire son successible, si le seigneur n'avait consenti à l'enregistrement (3). Le seigneur de la mainmorte avait en effet grand intérêt à empêcher la légitimation du bâtard, puisqu'elle tendait à l'exclure de la succession de son mainmortable, dont il était l'héritier naturel et qui ne pouvait disposer

(1) V. Ferrière, sur la cout. de Paris, art. 318.

(2) V. Bouhier, t. II, p. 785. — Contrà, arrêt du parlement de Dôle, de 1620.

(3) V. Bouhier, t. II, p. 865.

de ses biens par testament. Par application de cette règle, lorsque le père avait des enfants légitimes, le consentement de ces enfants était même requis, d'après Coquille, mais contrairement à l'opinion de Bacquet, pour rendre le légitimé capable de recueillir la succession paternelle.

En un mot la plupart des auteurs s'accordaient à reconnaître que la volonté des proches parents du bâtard légitimé était une condition indispensable à la vocation de celui-ci (1). Quelques-uns cependant estimaient encore au XVIIIe siècle qu'il était nécessaire de joindre à l'expression de cette volonté une autorisation formelle du prince ; d'autres enfin, plus radicaux, prétendaient que les lettres de légitimation ne pouvaient en aucun cas rendre le légitimé successible de ses parents, et qu'elles lui donnaient seulement capacité de recueillir les libéralités de ses père et mère (2). Au surplus, il importait peu que le consentement des parents intervînt au moment de l'enregistrement des lettres ou postérieurement à cet enregistrement. Le légitimé devenait habile à succéder, dès que les parents intéressés donnaient leur assentiment.

Il était bien entendu que les parents des légitimés par lettres étaient admis à la succession de ceux-ci, alors même qu'ils n'avaient pas consenti à leur légitimation. C'était là une exception à la règle de la réciprocité du droit de succéder. On avait exprimé l'avis que les parents qui avaient donné leur consentement à la légitimation devaient être préférés, dans la succession du légitimé, à ceux qui l'avaient refusé. Mais cette exclusion qui ne reposait sur aucun fondement, puisque la législation avait eu

(1) Davot, *Tr. de dr. franc.*, t I, p. 71 ; Taisand, sur la *coutume de Bourgogne*, p. 535 ; Brodeau sur Louet, lett. I, ch. 7 ; d'Argentré, sur l'art. 356 de la *coutume de Bretagne* ; Lemaistre sur l'art. 318 de la *coutume de Paris* ; Lebrun, *des successions*, liv. I, ch. 2, sect. 1, dist. 2.

(2) V. Legrand sur Troyes, art. 117, gl. 1, n° 16 ; Boucheul sur Poitou, art. 97, n° 5.

pour objet de conférer au bâtard la qualité de membre de la famille et le titre d'agnat sans distinction, ne fut jamais accueillie par la jurisprudence.

Ce que nous venons de dire sur le droit de successibilité des parents à l'égard des légitimés ne s'appliquait qu'aux bâtards simples, nés *ex soluto et soluta*. Quant aux bâtards adultérins et incestueux, aux *avoultres*, comme les appelaient Beaumanoir et Jehan de Mehun, ou à ceux qui devaient leur naissance à un prêtre, le fisc recueillait leur succession, alors même qu'ils avaient reçu des lettres de légitimation. Mais ils pouvaient se succéder les uns aux autres, parce que l'acquittement des droits de finance perçus pour les lettres les substituait aux droits du roi.

Les lettres de légitimation étaient expédiées au grand sceau, parfois enregistrées au Parlement, mais toujours, d'après un règlement du Conseil d'Etat du 6 avril 1604, vérifiées à la chambre des comptes.

CHAPITRE IV

SERFS ET MAINMORTABLES

Nous arrivons au servage, c'est-à-dire à la condition de la majeure partie de la population rurale de la France pendant la féodalité, population dont il est impossible d'évaluer exactement le nombre, mais qui ne fut peut-être, avant les luttes désastreuses que souleva l'invasion anglaise au XIVe siècle, guère inférieure à celle de nos jours (1).

(1) Je parle ici, bien entendu, seulement de la population rurale. Elle est d'ordinaire fixée bien au-dessous de son chiffre actuel. Mais lorsqu'on parcourt les rôles des paroisses, les relevés de perception des taxes, les dénombrements domaniaux, on est frappé du grand nombre de feux ou de ménages qui existent dans la

Qu'est-ce que le servage ? Si par ce mot l'on veut entendre la servitude romaine, l'antique esclavage, tel que le pratiquaient les Gaulois, les Germains et, après eux, les Burgondes (1), les Francs, les leudes de Charlemagne, tel que le comprenait Beaumanoir lui-même au XIIIe siècle, tel que nous l'avons décrit dans notre *Introduction historique au droit coutumier*, nous pouvons affirmer qu'à l'époque de la rédaction des coutumes, le servage avait depuis longtemps disparu. En le faisant citoyen de la société chrétienne, le baptême a relevé l'esclave de sa condition abjecte (2). La France du moyen-âge ne réduit plus, comme la Rome païenne, ses prisonniers de guerre en servitude (3). A part les infidèles (4), à part les noirs qu'un édit de mars 1685 permet encore de posséder comme esclaves, quoiqu'il apporte de grandes améliorations à

campagne au XIVe siècle. Les dimensions des églises élevées à cette époque sont, dans la plupart des villages, en proportion avec la population actuelle et accusent un chiffre de fidèles peu différent. Partout. l'archéologie signale des lieux alors habités et qui ont disparu depuis. Le nombre des *villes neuves*, dont le nom s'est conservé sur tous les points de notre sol, témoigne hautement de la densité de ses habitants à la veille de la guerre de cent ans. Elle diminua depuis beaucoup, mais, à ce moment, elle était certainement supérieure à celle qu'indique le dénombrement publié par Saugrain pour l'année 1720. (V. Dureau de la Malle. *Mémoire sur la population de la France au* XIVe *siècle*, dans les Mémoires de l'Académie des Inscriptions. t. XIV, 2e part., p. 36, et Boislisle, *Annuaire-bulletin* de la Société de l'histoire de France, 1875. p. 239).

(1) En 494, le roi burgonde Gondebaud réduit en esclavage 6000 prisonniers italiens.

(2) Si ce sacrement n'emportait pas *ipso facto* la liberté, c'était un usage attesté par le concile de Limoges, en 1031, que les maîtres catholiques affranchissent leurs esclaves le jour où le baptême leur était conféré. (Labbe, *Biblioth.*, t. II, p. 793). — La condition de l'esclave s'était d'ailleurs améliorée. Au VIe siècle, on la considérait comme moins dure que celle du moine. (*Grégoire de Tours*, liv. IV, epist. 44, *sub anno* 595. V. *Lex Wisigoth.*, lib. V, tit. VII, § 16.)

(3) Il en était de même chez nos voisins : *hodie apud Christianos*, dit un jurisconsulte allemand, *capti in bellis nequaquam servi sunt.*

(4) Aymar de Chabannes, moine de St-Cybar, atteste la servitude des infidèles dans sa chronique de l'an 1010. (Labbe, *Biblioth.*, t. II, p. 177) Sous Louis XIV, les Turcs étaient encore attachés au service des galères.

leur sort, puisqu'il les autorise à se marier, et punit les débauches des maîtres qui abusent d'eux, ainsi que leur meurtre, la terre française est depuis longtemps une véritable terre franche ; aux captifs qui du dehors viennent fouler son sol, elle donne généreusement la liberté (1).

Mais si l'on entend par servage la condition de l'homme qui, capable d'après la loi naturelle, ne peut cependant d'après la loi civile librement disposer de sa personne ou de ses biens, qui est en puissance, *in potestate, homme de poeste,* soit d'un maître, soit d'un domaine envers lequel il est à perpétuité astreint à des services personnels et réels, oui, cette demi-servitude existe encore à la fin du moyen-âge, et nous la trouvons non-seulement dans le texte des coutumes, mais dans les mœurs et dans la pratique générale de plusieurs provinces. Aux XI[e] et XII[e] siècles, c'est la condition presque universelle de la population rurale ; à la fin du XV[e], c'est encore celle des paysans du Nivernais, du duché et du comté de Bourgogne, du Bourbonnais, de l'Auvergne, de la Marche, de la Champagne, de la Touraine, du Berry, de Bresse et de quelques autres localités moins importantes(2). Dans l'Ile de France,

(1) Ce n'est pas qu'on ne puisse citer de nombreux exemples de vente, de don, d'achat, d'échange de serfs jusqu'au XV[e] siècle et même au-delà. Mais il ne faut pas conclure de ces actes, qui abondent dans nos archives, que les serfs donnés ou vendus étaient des esclaves. Quand, par exemple, Jean d'Angoulevent, écuyer bourguignon, vend en 1398 la moitié d'un serf et de sa « maisnie », qui étaient indivis entre lui et son père, il ne cède que des mainmortables, des colons attachés à un domaine. Ce n'est pas la liberté de l'individu qui est aliénée, mais l'obligation qui lui est imposée d'acquitter le travail ou la redevance de la terre. (V. Simonnet, *documents inédits*, p. 158).

(2) Les coutumes officiellement rédigées qui réservent le droit de mainmorte sont, outre celles des grandes provinces citées plus haut, les coutumes de Sens, de Vitry, de Châlons-sur-Marne, de Troyes, de Reims, de St-Sever, du vicomté de Sole, de Menneton et de la rue d'Indre à Blois. Celles de Meaux et de Chaumont y font aussi allusion. La Savoie était également un pays de main-

au contraire, dans l'ouest, dans la Flandre et dans le nord presque tout entier, ainsi que dans le Languedoc, les affranchissements l'ont peu à peu effacée, de façon à n'y laisser que de très faibles traces. En Bretagne, elle a disparu depuis le x[e] siècle, et ce fut peut-être le motif du profond attachement des vassaux pour leurs seigneurs dans ce pays. En Normandie, les paysans sont libres de leur personne dès le xii[e] siècle. et ils payent, au xiii[e], un *droit de relief* sur leurs biens, héréditairement transmis en pleine propriété.

Il faut donc à la fois distinguer avec soin les époques et les lieux pour étudier la condition de ces hommes de classe servile, auxquels les chartes du moyen-âge donnent des noms très différents, *servi adscriptitii, homines capitales, homines de corpore, mansi, manentes, nativi, oblati, obnoxii, pagenses, vilani, proprii, serfs de chiefs, cuverts, colliberts* (1), *serfs servages, hommes de poursuite, hommes*

morte et il exista des mainmortables dans le Dauphiné jusqu'au milieu du xvi[e] siècle, quoique l'art. 59 des libertés delphinales ait proclamé l'abolition de cette servitude. (V. Salvaing, *des Fiefs*, ch. xxxii.)

(1) On a beaucoup discuté sur le sens précis de ce terme sans être arrivé à une clarté complète. Cependant, il semble que les *colliberts*, quelquefois désignés au xi[e] et xii[e] siècles sous le nom d'*hommes de quatre deniers*, parce qu'ils payaient annuellement et personnellement à leur maître une redevance de cette quotité, et qu'on les affranchissait en enlevant quatre deniers déposés sur leur tête, n'étaient pas de véritables serfs, quoiqu'ils appartinssent à la classe des non-libres, et qu'ils pussent être cédés avec la terre qu'ils cultivaient. Le *Domesday book* les distingue en effet des *servi*. Ils jouissaient d'un petit fonds ou pécule inaliénable sans l'autorisation seigneuriale, mais qu'en fait ils pouvaient transmettre à leurs enfants et dont le maître ne s'emparait pas à moins que les colliberts ne cessassent de lui appartenir. Ils sont assimilables aux *bordiers* normands et aux *hons coustumiers* des Etablissements de St-Louis, c'est-à-dire aux simples vilains. Une note placée au xi[e] siècle sur un manuscrit latin de Munich, n° 14491, les définit : *Qui ante mancipia et servi fuerunt, et postea causa devotionis a domino ad aliquem privatum locum... donantur, non ut ex toto liberi sint, sicut liberti, sed sub jure ecclesiastice familie conditionaliter servitio divino sint mancipati.* (D[r] Lamprecht, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, p. 507). Selon cette note, d'origine française, ces demi-serfs auraient

de mas, *hommes-liges*, *quittes*, *serfs de formariage*, et, qui, dans les coutumes rédigées, sont appelés *mortaillables*, *taillables à volonté* ou *abonnés*, *serfs*, *exploitables* (1), *mainmortables* ou *hommes de mainmorte* (2).

Mais là où la distinction n'est plus nécessaire, c'est lorsqu'il s'agit de donner à cette condition une explication légitime. Sur ce point, encore bien qu'ils n'osent s'exprimer ouvertement, juristes et coutumes de tous les temps et de tous les lieux sont au fond d'accord. A l'époque même où la liberté est encore réduite à l'état d'exception, presque de privilége, personne n'est assez hardi pour affirmer qu'elle ne soit pas naturelle à l'homme. En fait, elle peut être une faveur; en droit, elle demeure véritablement un droit. Ce qui en témoigne, ce n'est ni le cri de vérité et de justice poussé par Beaumanoir vers 1280 : « selonc le droit naturel, cascuns est frans, mès ceste francise est corrompue, » ni le préambule solennel de l'édit de 1315, ni même les phrases pompeuses qui se lisent d'ordinaire dans les chartes d'affranchissement du XVIe siècle (3), c'est l'économie même des coutumes qui persistent le plus opiniâtrement dans le maintien du servage, car toutes ou presque toutes admettent le franc-alleu. Dans le Berry, dans le Bourbonnais, dans l'Auvergne, dans le

seulement appartenu aux églises. Est-ce bien sûr? Quoiqu'il en soit, leur seigneur ne pouvait, en vendant la tenure ou le *fisc* qu'ils détenaient, disposer que des droits et services attachés à cette tenure. (V. Guillouard, *Recherches sur les colliberts*, 1879).

(1) En Dauphiné et en Savoie.

(2) En Nivernais, en Bourbonnais, en Champagne, en Bourgogne.

(3) Elles sont surtout curieuses en Bourgogne. « Considérant, dit Pierre de la Baume, évêque de Genève, qui affranchit en 1535 les habitants d'Athie, que n'y a chose plus louable que liberté et franchise et aussi par le contraire, n'y a chose si odieuse ne de plus grand vitupère à l'homme que servitute. » — Considérant, dit le contrat d'affranchissement d'Autricourt en 1543, que liberté et franchise est ung estat et qualité en laquelle l'homme a été créé et est grandement à favoriser. » (V. Garnier, *Chartes d'affranchissement de Bourgogne*, t. III, p. 66 et 88).

Nivernais, la maxime : *Nul seigneur sans titre* du midi est opposée à celle-ci : *Nulle terre sans seigneur* du nord. L'allodialité élève le droit spécial de la zone favorable à la mainmorte au-dessus du droit des *Etablissements de St-Louis* qui ne l'a point explicitement admise. Puisqu'il y a des terres absolument franches, puisque la servitude réelle n'est point reconnue sans titre, puisque le seigneur ne peut prétendre qu'un homme est son serf sans établir l'origine et la cause de son servage, puisque, même pour exiger le paiement d'un simple cens, il doit fournir la preuve authentique que ce cens a été stipulé, il faut en conclure qu'aux yeux de la coutume la terre et l'homme sont naturellement libres. La confiscation de leur franchise ne se justifie que par la nécessité sociale. Il faut stimuler la fécondité du sol en y attachant des travailleurs. *Reipublicæ interest ut censiti terræ inhæreant*, dira, au XVIe siècle, Godefroy qui résume d'un mot la pensée génératrice des contrats de mainmorte souscrits à l'aube de la féodalité par les seigneurs.

La législation coutumière regarde si peu le servage comme la condition naturelle de l'homme qu'elle présume de droit sa franchise. En 1112, Louis le Gros met en liberté un serf de ses domaines, sur son seul serment qu'il était né d'un père libre et qu'il n'avait jamais contracté de liens serviles. Si, à l'origine, tout individu appartenant à la terre d'un seigneur est regardé comme le serf de celui-ci, à moins de prouver qu'il était de condition franche, possesseur d'alleux, vassal, censitaire etc., cette règle fléchit dès le XIIIe siècle dans les domaines du roi (1), et, un peu plus tard dans les terres seigeuriales (2). Partout, c'est la liberté qui est présumée. On en arri-

(1) *Liber practicus de consuetudine remensi*, c. 35; *Olim*, t. I, p. 33.

(2) En 1263, le parlement de Paris obligeait encore le serf d'une église à prouver par témoin sa liberté.

va même à admettre que le servage ne se prouvait point par témoins et qu'un écrit était nécessaire pour l'établir. Il fallut surtout pour la mainmorte personnelle, deux reconnaissances géminées, faites à des époques différentes, anciennes, ou au moins une reconnaissance appuyée de la mention d'un aveu antérieur, des énonciations d'un contrat de vente, de la production d'un livre de recettes, de la trace écrite d'une exécution (1). Dans le doute, on juge toujours depuis Dumoulin contre le seigneur.

Traditionnellement appuyé sur la nécessité ou la convention, le servage était donc légal; pour ceux-là même qui en faisaient usage, *à priori* et dans son essence, il était condamné par la loi naturelle, il n'était pas légitime. Mais il invoquait une spécieuse, même une puissante excuse. Il n'y a guère plus d'un siècle, un riche et savant magistrat, célébrant du fond de son hôtel les charmes de la mainmorte, s'écriait en citant Virgile à ses serfs :

O fortunatos nimium, sua si bona norint
Agricolas !

La citation eût pu être cruelle; elle n'était que malheureuse. Bouhier ne raillait pas, il était seulement de trois siècles en retard et exagérait grandement. La vérité est que, comparée à la servitude antique, la mainmorte était un réel progrès. Quand les colons mérovingiens ou carlovingiens, fils d'ingénus ou d'affranchis, ne pouvant vivre d'un travail libre, étaient venus chercher du pain dans le sillon creusé autour d'un donjon ou d'un monastère, lorsque, s'offrant aux seigneurs, ils leur avaient dit : « Protégez-nous et nourrissez-nous; nous nous donnons à vous, » et que les seigneurs leur avaient répondu :

(1) Taisand sur la *coutume de Bourgogne*, tit. *des cens*, art 1, n° 3; Revel, *statuts de la Bresse*, t. I, p. 124; Dunod, *de la mainmorte*; d'Oncieu, *traité de la mainmorte*, ch. XVI, n°s 3, 5, 10, 12; Papon, Dumoulin, Bretonnier sur Henrys, etc.

« Soit, mais nous disposerons de vous et de vos biens à notre gré, » ce contrat *do ut facias* avait paru avantageux à ceux qui le proposaient pour échapper à la mort ou à un pire esclavage. Lorsque bien plus tard, en 1556, dix mille villageois Picards et Normands, fuyant devant les armées étrangères, épuisés et mourant de faim, se jetèrent en Franche-Comté et se rendirent volontairement les mainmortables des barons qui leur donnèrent des terres à défricher, ils cédaient sans doute à la nécessité de vivre, mais ils préféraient encore une demi-servitude à la captivité. De même, la mainmorte fut un adoucissement du servage primitif; elle ne le continua point, mais elle le remplaça; elle fut un pas visible vers la liberté. Le véritable serf n'avait pas de famille; le mainmortable en avait une; il pouvait se marier avec le congé de son seigneur, sous la seule réserve de n'épouser qu'une serve de celui-ci; chef de la communauté conjugale, maître dans son humble demeure, il avait plein pouvoir sur ses enfants. L'esclave antique n'avait ni la propriété, ni même la jouissance des biens qu'il cultivait; le mainmortable pouvait jouir, posséder, acquérir; il lui était seulement interdit de disposer par testament de la terre de mainmorte, de faire héritier ou convention de succéder, même par contrat de mariage, au préjudice de son seigneur, et d'aliéner cette terre à d'autres qu'à des serfs de celui-ci, sous peine de la voir vendue au profit du maître, si, dans l'an et jour, elle n'était pas remise entre les mains d'un de ses mainmortables. L'esclave romain suivait la condition de sa mère. Le serf suivait au contraire, en général, celle de son père, à moins qu'il ne fût né dans un lieu franc d'un père mainmortable et d'une mère franche, cas auquel il était franc (1). L'esclave romain demeurait

(1) C'était, comme on le verra plus loin, la condition du serf en Bourgogne. où l'on n'admettait pas la maxime *le pire emporte le bon*. Mais d'autres coutumes, comme celle du Nivernais et les

jusqu'à sa mort ou jusqu'à son affranchissement, à moins de prescription, en la puissance de son maître. Le mainmortable pouvait désavouer son seigneur à la condition d'abandonner la terre servile qu'il détenait et acquérait ainsi la liberté. Enfin l'un était la propriété de son maître sans condition : l'autre ne dépendait de lui qu'à raison d'une possession, d'une résidence ou d'un domicile (1). Sur un seul point, le premier était mieux traité que le second. Il pouvait prescrire par vingt ans sa franchise, tandis qu'en général cette prescription, quelle qu'en fût la durée, était interdite à l'homme de mainmorte, sauf deux ou trois exceptions. A tous autres égards, la condition de celui-ci, même du serf de corps ou personnel, était infiniment supérieure à celle de l'ancien *servus*.

Mais il est temps de se demander quel est le sens précis du mot *mainmorte*, et, pour cette définition, il convient de revenir un peu en arrière.

Ce mot avait dans le langage coutumier deux significations. Par la première, on entendait les corps de communauté perpétuels, dont les membres subrogés les uns aux autres étaient censés toujours les mêmes, et qui ne produisaient aucune mutation par décès. La seconde s'appliquait à la servitude qui liait un homme à la glèbe. C'est de celle-ci seule que nous voulons ici parler.

On a donné à ce mot bien des étymologies hypothétiques ou fabuleuses. Quelques auteurs ont pensé qu'il venait de ce que les serfs, n'ayant pas la liberté de disposer de leurs biens en mourant, avaient pour ainsi dire la main morte, *cum revera manus, id est possessio mortua est*. Guichenon, Du Cange et Dunod prétendent que dans les Pays-Bas les

usages de la Bresse, qualifiés de *sauvages* par certains jurisconsultes, n'admettaient pas cette exception si favorable à la liberté.

(1) Un jurisconsulte belge, Trotz, allait jusqu'à en conclure en 1752 que la condition du mainmortable n'avait rien d'humiliant. *Nihil hic ignominiosi.*

seigneurs pouvaient, en vertu d'un droit dit de *meilleur catel*, prendre, au décès de leur serf, le plus beau meuble ou le plus riche joyau de sa succession. S'il n'y en avait aucun, on coupait la main droite du défunt et on la présentait au seigneur. Le président Bouhier croit au contraire que loin d'avoir donné naissance au mot *mainmorte*, ce dernier usage, d'ailleurs fort peu vraisemblable, malgré les termes de la chronique flamande qui le rapporte, n'avait été introduit que pour éteindre la servitude. Un autre écrivain, de Buat, fait remonter ce vocable aux manoirs affermés, *manu firmati*, dont parlent les capitulaires de Charles le Chauve. Le contrat se trouvait résilié par la mort de l'un des contractants. C'était là, d'après cet auteur, ce que l'on appelait *mainmorte*. Quand le décès ne rompit plus le contrat, le détenteur du fonds paya un certain droit pour le conserver et ce droit prit le même nom. Quelque opinion qu'on adopte à ce sujet, le mot lui-même n'est pas équivoque et peint bien la condition servile.

Si l'origine du nom est obscure, celle de la chose ne l'est guère moins. Quelques jurisconsultes l'ont cherchée dans la servitude romaine. Celle-ci a été, dit Dunod, la racine et le tronc de la mainmorte. Mais ce tronc n'était-il pas déjà mort à l'époque où la branche en aurait jailli? Le mainmortable n'aurait été en ce cas qu'un affranchi. Or comment cet affranchi serait-il retombé dans la servitude aussitôt après en avoir été tiré? Pourquoi d'ailleurs les formules, les polyptiques nous montrent-ils à côté des *liberti*, tandis que l'esclavage domestique existait encore, une autre classe d'hommes qui ne sont ni libres, ni esclaves, qui possèdent en toute propriété leur pécule et leur fonds, et qui peuvent acquérir la liberté en abandonnant le sol concédé par leur maître? D'autres écrivains font sortir la mainmorte de la servitude germanique. Mais quelle distance entre le serf des lois salique ou burgonde et le mortaillable du moyen-âge? On voit cependant, dès

les premiers temps de la conquête franque, une classe intermédiaire se former entre les hommes libres et les esclaves, c'est celle des colons, des lites, des *adscriptitii*, qui ne sont pas la chose de leur maître, mais l'accessoire du domaine qu'ils labourent, *prædiis adscripti*, *non hominibus*, dira plus tard Godefroy, et dont l'hoirie appartient au seigneur, non parce qu'ils lui appartiennent eux-mêmes, mais parce qu'elle est présumée provenir de la terre concédée. La concession même les a liés irrévocablement à celle-ci ; ils se confondent avec elle et ne peuvent en être détachés, ni eux ni leurs descendants : le maître du sol inculte est devenu l'esclave de la glèbe cultivée. Ces colons n'ont-ils pas fait souche de mainmortables ? A eux seuls toutefois, ils n'auraient pas suffi à peupler la France. La servitude est peu féconde ; c'est, entre mille autres, une raison de son infériorité vis-à-vis de la liberté. Le colonat se serait vite épuisé lui-même s'il ne s'était incessamment recruté parmi les hommes libres. On sait dans quelles circonstances. Des individus, des communautés sont un jour allés trouver un seigneur et lui ont offert leurs personnes et leurs biens en échange de sa protection. D'autres, dénués de tout, lui ont demandé quelques arpents à ensemencer. Un contrat est intervenu entre les parties : l'une a donné sa garantie et l'autre ses propriétés avec ses services ; l'une a livré la terre et l'autre le cultivateur. Mais la plus faible a dû subir la loi de la plus forte et, pour sauver son existence, abandonner une part de sa liberté.

La mainmorte a eu sans doute encore d'autres origines, mais celles-ci sont les principales. Une conséquence à en tirer, c'est que la réalité était son caractère essentiel. Elle garantissait la stabilité des biens roturiers comme le lien féodal garantissait celle des fiefs. La loi du servage était celle de la terre. Lors même qu'il affectait la personne, il était encore en étroite relation avec le sol. Le serf de

corps lui-même, dont un arrêt de 1263 énumère avec soin les incapacités personnelles (1), semble n'être serf que parce qu'il est attaché au domaine seigneurial. La taille peut, il est vrai, être perçue sur lui, indépendamment de toute tenure servile, et son maître a le droit d'en rechercher le paiement partout où il s'est réfugié. Mais la perception même de cette redevance ne se justifie que par une concession territoriale, faite à l'origine, en échange et comme prix de la servitude. Que ce prix ait été ensuite dissipé, peu importe. L'obligation subsiste; si la terre manque, l'homme doit l'acquitter, même sur le revenu de ses autres biens ou le produit de son travail; ici, il cautionne le sol, il s'y est en quelque sorte subrogé.

Malgré ce caractère commun, on distinguait d'ordinaire trois espèces de mainmorte, la personnelle, la réelle et la mixte. Ainsi que je viens de le dire, la première affectait la personne, indépendamment de toute possession actuelle. C'était la plus dure de toutes, car, à plus forte raison, elle entraînait la servitude des biens. Elle était particulièrement usitée dans le Nivernais. « Les serfs de ce pays, dit Coquille, portent avec eux leur servitude attachée à leurs os, qui ne peut tomber pour secouer. » La seconde affectait seulement les biens provenant du seigneur entre les mains du mainmortable. Cette espèce de mainmorte pouvait s'appliquer à des roturiers libres, à des nobles même, sans les transformer personnellement en serfs. Ainsi, il existait dans le Dauphiné des nobles mainmortables, c'est-à-dire des nobles possédant des biens dont ils ne pouvaient disposer sans le consentement de leur seigneur et qu'ils devaient lui rendre en cas de désaveu. Ce seigneur héritait d'eux quand ils décédaient

(1) Voici ces incapacités, d'après l'arrêt : morte-main, formariage, inadmissibilité à la *clergie* sans la licence du seigneur, incapacité de tester, possibilité d'échange, corps pour corps, avec des serfs d'autres seigneurs. (Bouhier, t. II, p. 749).

sans postérité. Le dernier dauphin Humbert II les affranchit au XIVe siècle avec tous ses autres sujets, à la condition qu'ils accorderaient la même faveur à leurs propres mainmortables. Mais cette condition n'ayant pas été remplie, ils conservèrent leur sujétion (1). De même, en Bourgogne, des hommes francs étaient souvent autorisés à posséder des fonds mainmortables, à la seule charge de mettre ces fonds entre les mains d'un serf dont le décès pût donner ouverture au droit d'*échute*. La troisième affectait à la fois la personne du serf et ses biens, en ce sens qu'il ne pouvait disposer ni des propriétés qu'il détenait dans le lieu de la mainmorte, ni de celles qui lui appartenaient au-dehors, en quelque endroit qu'il ait transféré son domicile.

A un autre point de vue, on distinguait la mainmorte de corps, la mainmorte de meubles et celle d'héritages. L'une était celle qui soumettait le serf à la taille, indépendamment de la détention de toute tenure servile; l'autre n'attribuait au seigneur le droit d'*échute*, c'est-à-dire le droit de succéder à son serf en cas de décès ou de désaveu, que sur ses effets mobiliers; elle était surtout en usage à Vitry et à Troyes; la troisième enfin conférait au seigneur le droit de recueillir les immeubles de son serf, quand il décédait sans descendants ni parents communs. Un évêque de Langres l'avait admirablement définie, dès 1222, lorsqu'en remettant aux habitants de Bèze, moyennant 2500 livres *estevenants*, la mainmorte au nom de leur abbé, il appelait ce droit *jus caducorum*, le droit à la succession des biens dont le possesseur ne peut disposer (2). Dans le duché de Bourgogne, elle participait de ces trois caractères: le mainmortable était taillable, il ne pouvait quitter la terre seigneuriale sans

(1) Salvaing, *de l'usage des fiefs*, p. 133.
(2) Garnier, *op. cit.*, t. I, p. 522.

abandonner son tènement ; de plus, il ne pouvait disposer ni de ses biens francs, ni de ses biens serviles au préjudice de son seigneur.

§ 1. *Causes principales du servage*

Un document précieux de la législation anglaise, une loi de Henri Ier dont le règne commença avec le XIIe siècle, définit exactement les diverses causes du servage à cette époque et distingue les différentes espèces de serfs qui avaient été antérieurement connues et subsistaient encore : *Servi, alii naturâ, alii facto, et alii emptione, et alii redemptione, alii suâ vel alterius emptione;* la naissance, la captivité résultant de la guerre ou d'un fait de violence, l'achat à prix d'argent, le rachat, c'est-à-dire l'abandon du débiteur insolvable à son créancier, et la donation. Plus loin, le roi Henri Ier réduit ces causes à deux seules, *casus* et *genitura*, la naissance et l'accident (1). A son exemple, nous pouvons dire qu'au moyen-âge on était serf soit par la naissance, soit par un fait postérieur. Mais, en principe, il ne suffisait pas de tenir un vilenage pour devenir vilain. « Ce n'est pas la tenure qui fait le vilain, » disait Littleton, puisque l'homme libre, noble ou roturier, pouvait posséder des biens de mainmorte, sans perdre sa qualité. Seulement l'héritage qu'il détenait à ce titre était sujet à échute, et ne pouvait être légué par testament. Il conservait sa charge, *transit cum onere*, quelles que fussent les mains qui le possédassent.

Outre la naissance, il existait trois autres causes principales de la mainmorte : la convention, le domicile et le mariage. Quelques coutumes y ajoutaient la prescription. Dans l'Auvergne, le Nivernais, la Marche, le servage s'établissait par prescription de trente ou quarante ans.

(1) Leg. LXXVI.

Dans la Franche-Comté, au témoignage de Dunod, la prescription pouvait également faire d'un homme franc un mainmortable. Mais la plupart des autres coutumes n'admettaient pas ce mode exceptionnel d'acquisition du droit de mainmorte ; la seule possession ne suffisait pas ; il fallait y joindre une et même deux reconnaissances séparées et écrites ou un titre. Ainsi, sous l'empire de la coutume du duché de Bourgogne, un homme pouvait pendant quarante années ou davantage se reconnaître le serf d'un seigneur, sans être pour ce motif réputé avoir perdu sa condition d'homme libre. Il en était de même pour les communautés d'habitants qui passaient pour être mainmortables. Un seigneur aurait pendant cinquante ans succédé à plusieurs membres de ces communautés et exercé à leur égard son droit d'échute, qu'il n'était point considéré comme ayant prescrit la mainmorte à l'égard de la communauté elle-même. Il n'était autorisé à invoquer ses actes d'exécution, à titre de faits possessoires, qu'à l'égard des biens qui en auraient été les objets. Nous pouvons donc négliger la prescription comme cause générale du servage.

1° *Naissance.* — A l'époque féodale, l'enfant né de père et mère vilains suivait la condition du père, car il appartenait à celui-ci. L'enfant né de deux personnes dont l'une était serve suivait la *pire condition* et devenait serf. *Servus trahit ad se francum.* En Allemagne on disait : *Die unfreie Hand zieht die freie nach sich.* Il en était autrement de celui qui devait le jour à des parents libres ; il suivait la meilleure condition. Ainsi le fils d'un chevalier et d'une femme franche naissait noble (1).

Le droit canonique, s'inspirant du droit romain, bouleversa ce système qui venait des lois d'origine germanique et le remplaça par un autre qui se peut résumer ainsi :

(1) Beaumanoir, ch. XLV, n° 29.

l'enfant né en légitime mariage suit la condition de son père ; l'enfant naturel celle de sa mère (1). Toutefois cette règle ne fut pas admise partout : les coutumes de Troyes, art. 8, de Bar, art. 72, de Meaux, art. 5, déclaraient que « le fruit ensuit le ventre et la condition d'iceluy, excepté quand un des dits conjoints est noble, auquel cas le fruit ensuit le côté noble, si suivre le veult. » Ainsi dans ces pays *le ventre affranchissait*. Par contre, dans le Bourbonnais et le Nivernais, demeurés fidèles à la loi des Ripuaires, ch. 58, l'enfant né d'un franc et d'une serve était serf comme sa mère.

En vertu du principe posé par le droit romain et le droit canonique, l'enfant légitime du mainmortable suivait donc généralement la condition de son père (2). Par conséquent, pour naître mainmortable, il fallait recevoir le jour d'un père soumis à la mainmorte et dans un lieu également assujeti à cette mainmorte. Si ces deux conditions n'étaient pas réunies, l'enfant était franc. Lorsqu'nn serf taillable et corvéable se transportait dans un bourg de franchise et y donnait naissance à un enfant légitime, lorsque même celui-ci y avait été seulement conçu, le nouveau-né acquérait la liberté. Le président Bouhier, toujours préoccupé du souci d'étendre les droits du seignéur, résistait énergiquement à cette solution qu'il déclarait même préjudiciable aux intérêts de l'enfant, sous

(1) Cujas, IV. *observ.* 28 ; Antoninus, *in summa*, tit. 3, cap. 6 § 69 : Ragueau, sur la loi 24, ch. 2, 57 ; *Cout. du duché de Bourgogne*, ch. 9, art. 3, 7 et 8 ; *du comté de Bourgogne*, art 87, 91.

(2) C'était au surplus une règle ancienne pour plusieurs des coutumes de ces pays : dès l'année 1101, le duc de Bourgogne Eudes disait dans une charte accordée aux religieux de l'abbaye de St-Bénigne de Dijon : *Si homines Sancti et homines ducis connubia junxerint, cujus juris fuerit pat'r, ipsius erunt omnes infantes qui ex eo fuerint procr:ati.* L'enfant suivra la loi de son père et appartiendra à son seigneur. Les vieilles coutumes du duché, art. 6, avaient exprimé la même maxime, qui se retrouve dans l'art. 3, tit. 9 de la nouvelle : « *En lieu et condition de mainmorte, l'enfant ensuit la condition du père et non pas de la mère* », et dans l'art. 5 : *L'homme devient mainmortable pour lui et sa postérité à naître.* »

prétexte qu'elle l'excluait de la succession paternelle. Il s'appuyait sur l'opinion de certains jurisconsultes bressans d'après lesquels « les enfans des mainmortables suivoient la condition de leur père, quelque part qu'ils fussent nés ou conçus, quand ce seroit au Louvre. » Mais tous les autres jurisconsultes bourguignons, Chasseneuz en tête, avaient admis la doctrine opposée que fortifiaient les cahiers dressés par les députés des États pour la réformation de la coutume.

Pour que le père mainmortable pût ainsi donner le jour à un enfant libre en se transportant dans un lieu franc, il était nécessaire qu'il y eût fixé son domicile. L'enfant né dans un pays libre pendant un voyage de sa mère, ne laissait pas de naître serf, si son père était de condition servile et était domicilié dans un lieu de mainmorte. L'influence du lieu de la naissance était si grande et la liberté semblait si favorable aux jurisconsultes des derniers siècles, qu'ils regardaient comme libre, malgré Chasseneuz, Guy-Pape et Taisand, l'enfant né dans un pays franc de deux mainmortables (1). Liberté, liberté, s'écriaient-ils : dans le doute même, elle doit être préférée, *favores ampliandi*. D'ailleurs, cette extension de la franchise ne nuisait pas au seigneur : l'enfant né franc d'un père mainmortable ne recueillait pas la succession paternelle. Celle-ci appartenait de droit au propriétaire de la terre de mainmorte, à moins que le fils n'eût mené une existence commune avec son père ou qu'il n'eût été affilié à un successible de celui-ci, par un contrat spécial que nous examinerons plus loin.

Il est à peine besoin d'ajouter que l'enfant né ou conçu avant que son père n'ait été soumis à la mainmorte était franc. Si toutefois il suivait son ascendant dans un lieu de mainmorte et y établissait son domicile, il devenait

(1) Bannelier, sur Davot, t. 1, p. 84.

mainmortable comme lui, pourvu qu'il payât les redevances accoutumées au seigneur (1).

2° *Convention.* — J'ai déjà dit qu'à l'origine du régime féodal, la convention fut une source fréquente de la mainmorte. Ces concordats où chacune des parties contractantes trouvait un manifeste, quoique inégal avantage, sont trop nombreux dans l'histoire, pour qu'on puisse en contester l'authenticité (2).

Mais la convention, si expresse qu'elle fût, ne suffisait pas à elle seule, sinon dans les premiers temps du régime féodal, où elle était suffisante même pour constituer le servage personnel, du moins à l'époque de la rédaction des coutumes et à plus forte raison dans le dernier état de la jurisprudence coutumière. Elle devait être accompagnée d'un autre fait : l'homme franc qui s'engageait volontairement dans les liens de la mainmorte devait, pour s'y maintenir, prendre un *meix*, une maison avec ses dépendances, un fonds de terre dans les limites de la seigneurie. Sans cette prise de possession d'un héritage mainmortable, la convention était en Bourgogne réputée sans cause, contraire au droit public et nulle pour le tout (3). On estimait en général que le *meix* dont la prise de possession effective était nécessaire pour constituer le mainmortable consistait en l'espace de terrain que pouvait labourer une paire de bœufs. Mais une maison et un jardin à l'entour suffisaient. Le meix placé en un lieu de mainmorte était présumé mainmortable, comme ceux dont il était entouré, à moins de titre formel contraire ou d'une possession incontestable (4).

(1) Bouhier, t. II, p. 788.

(2) V. Beaumanoir, *Cout.* du Beauvoisis, ch. XLV, n° 32 ; *Cout.* de Bourgogne, art. 5.

(3) En Nivernais au contraire, la naissance seule faisait le mainmortable ; un franc ne pouvait devenir serf par convention.

(4) *Cout. du duché de Bourgogne,* tit. 9, art, 4.

3° *Domicile ou habitation.* — « Il y a tix terres, dit Beaumanoir, quant un frans hons qui n'est pas gentix hons de lignage y va manoir, et il y est résidens un an et un jour, qu'il devient, soit hons, soit feme, sers au seigneur de soz qui il veut estre residens ; mais ceste coustume ne quort pas nule part en le conté de Clermont ; ançois se uns frans home y veut estre, soit qu'il face résidence entre les sers ou aillors, il ne pert por ce l'estat de francise » (1). Dans les pays dont parle le bailli de Vermandois, l'air rendait esclave, selon l'expression du proverbe allemand (2).

De même, en Bourgogne, « l'homme franc, qui va demeurer en lieu de mainmorte et tient feu et lieu par an et jour continuellement, et paie en son chef au seigneur les devoirs tels que sont les autres hommes dudit lieu, demeure pour lui et sa postérité à naître de la condition du dit lieu de mainmorte (3). » Le domicile ou l'habitation pendant un an et jour était donc une troisième manière de devenir serf, pourvu que la résidence fût fixée sur un fonds mainmortable. Si l'homme franc s'établissait dans une maison franche, bien qu'elle fût située dans l'intérieur de la seigneurie, il conservait sa liberté. S'il y possédait un héritage serf, mais résidait dans un autre qui ne le fût pas, il demeurait encore libre. Il fallait en outre qu'il payât au seigneur du lieu, sciemment et en son nom personnel, les redevances qui lui étaient dues par les hommes de mainmorte. Enfin, il devait y tenir feu de son chef, ce qui excluait les domestiques, les mercenaires, les fermiers, les usufruitiers, les personnes jouissant d'un droit d'habitation, les pu-

(1) Ch. XLV, n° 19.

(2) Eisenh, p. 74 ; Hertius, *de homin. propriis,* sect. 4, § 5 ; Eichhorn, *Staats und.* R. G. § 448.

(3) *Cout.* du duché de Bourg. tit, IX. art. 6. Il n'en était pas de même en Nivernais.

pilles chez leur tuteur, les mineurs chez leur père, les étudiants en pension, etc, et avoir choisi volontairement cette résidence pour la conserver. Par suite, les personnes qui n'avaient qu'un domicile de passage dans le lieu de mainmorte, les fonctionnaires publics, les curés et chapelains, les juges, les administrateurs du bien d'autrui ne perdaient pas leur liberté par le fait de leur résidence prolongée dans le lieu mainmortable où ils avaient leurs bénéfices, leurs charges, leur administration, leur emploi (1).

4° *Mariage.* — L'union conjugale pouvait être encore une source de la mainmorte. En principe, dans l'ancien droit, la femme suivait la condition de son mari. « Coustume est en Bourgogne, disait l'art. 3 des *anciens stilles* de ce duché, que femme mariée ensuit la condition de son mari, soit gentiz, soit villain. » Cette règle était contraire au droit de Justinien qui conservait la liberté à la femme libre mariée à un serf *adscriptitius*. Par suite, la bourgeoise qui épousait un noble devenait noble comme lui. De même la femme mainmortable, unie à un homme franc, acquérait la liberté (2). Cependant la règle n'était pas assez puissante pour violer la loi féodale, et pour conférer la noblesse à la femme serve qui épousait un noble. « Elle ne sera, disait le *Grand coutumier de France*, liv. II, titre XVI, mie réputée noble. » Le mariage lui donnait la franchise, mais non la *gentillesse* (3). Devenue veuve, elle rentrait même dans sa condition primitive de mainmortable, si elle retournait dans un lieu serf, y fixait son domicile pendant un an et un jour et y payait les redevances de mainmorte au seigneur.

(1) Déclaration du roi de 1598; Dunod, *op. cit.* p. 43; Chevanes, *sur la cout. de Bourgogne*, p. 411.

(2) *Cout. de Bourgogne*, tit. 9. art. 7.

(3) La coutume de Vitry, art. 68, avait pourtant admis la femme serve d'un seigneur à jouir des priviléges nobiliaires de son époux.

La Bourgogne avait admis la réciprocité à l'égard de la mainmorte. La condition servile du mari rejaillissait sur celle de la femme (1). La servitude entraînait la servitude. C'était une lèpre qui se communiquait instantanément (2), par le fait même de la consommation du mariage, pourvu que la femme vécût dans le domicile conjugal au lieu de mainmorte. Une union célébrée, mais non consommée, n'eût pas suffi pour la rendre mainmortable. Par conséquent, lorsque la femme se mariait à un serf dans un lieu franc où celui-ci avait non une résidence passagère, mais un domicile fixe, elle conservait sa franchise, parce qu'elle avait pu, à ce moment, ignorer la condition servile de son mari (3). C'était donc la cohabitation dans un lieu de mainmorte qui rendait *hic et nunc* la femme franche mainmortable.

J'ai emprunté les règles qui précèdent à la coutume de Bourgogne, qui, en matière de mainmorte, a le mérite de se rapprocher des trois formes de ce servage, et qui, pour cette raison, doit être consultée de préférence sur

(1) *Anciens stilles*, art. 79, 132 ; *Cout.* de Bourgogne, tit. IX, art. 8. — Dans les premiers temps, pour échapper à cette règle, la personne libre qui épousait un serf demandait au seigneur de celui-ci un titre appelé *epistola conculcatoria*, qui contenait renonciation au droit d'appliquer à son égard la maxime *servus trahit ad se francum*. (V. Rozière. *Formules*, t. I, p. 129) Cet usage fut suivi pendant tout le moyen-âge.

(2) Il n'y avait pas besoin d'une cohabitation d'un an et jour, comme l'exigeaient Talbert et Dunod en Franche-Comté. Les vieilles traditions d'outre-Rhin, n'étaient peut être pas étrangères à cette règle. D'après les anciens usages germaniques, en certains lieux de l'Allemagne, lorsqu'un homme libre avait commerce avec une esclave, il perdait sa liberté, et la fille libre qui s'était abandonnée à un serf, subissait le même sort. Un seul moyen lui était offert pour y échapper : les parents lui présentaient un poignard et une quenouille ; si elle acceptait celle-ci, elle tombait dans une servitude éternelle, comme l'homme dont elle manifestait ainsi la volonté de suivre la destinée. Préférait-elle au contraire la liberté ? Elle devait plonger le poignard dans le sein de l'esclave qui avait surpris sa foi. (*Histoire générale d'Allemagne*, t. II, p. 198.)

(3) Chasseneuz, Ph. de Villers, Bannelier sur Davot, t. I, p. 90. — *Contrà*, Bouhier, t. II, p. 785.

ce point. Elles n'étaient pas toutefois suivies uniformément dans tous les pays mainmortables, car, d'après Coquille, en Nivernais, la femme franche ne devenait pas serve en épousant un serf (1).

Au surplus, la femme libre qui épousait un serf ne perdait point définitivement par cette union sa liberté. Elle pouvait la recouvrer après la mort de son mari en allant, dans l'an et le jour qui suivaient le décès, s'établir dans un lieu franc et en abandonnant au seigneur le *meix* et les héritages conjugaux (2). Mais l'abandon devait être absolu et complet. Il était nécessaire qu'il s'étendît à tous les immeubles laissés par le mari dans le lieu de la mainmorte. Par suite, la veuve était obligée de délaisser son douaire coutumier, lorsqu'il était assigné sur les biens conjugaux situés dans la seigneurie, mais non celui qui portait sur les héritages francs (3). Quant au douaire divis, qui était uniquement une pension ou une rente viagère due à la veuve par les héritiers de son conjoint, elle ne perdait aucun droit sur lui et pouvait le toucher, comme un simple créancier. Seulement, le seigneur n'était tenu de le payer que s'il trouvait dans la succession du mari des biens francs, qui lui permissent d'acquitter la pension.

L'*échute* ou la succession de la femme d'un mainmortable qui avait plusieurs seigneurs, n'était point partagée entre ces derniers, lorsqu'elle ne laissait aucun descendant, mais appartenait exclusivement au seigneur du lieu de son décès (4). C'était une maxime des coutumes qui re-

(1) *Cout. du Nivernais*, ch. VIII, art. 16 et 20, édit. Dupin.

(2) *Cout. du duché de Bourgogne*, tit. 9, art. 8 ; *cout. du comté de Bourgogne*, tit. *de la mainmorte*, art. 9.

(3) Il n'en était pas toujours ainsi cependant, même aux époques où le droit féodal pesait lourdement sur les mainmortables. Nous voyons en effet en 1383 le prieur de St-Léger, monastère bourguignon, réserver le douaire de la veuve d'un de ses serfs dans l'acte de la vente de la succession de celui-ci (Simonnet, *documents inédits*, p. 163.)

(4) Bouhier, t. II, p. 786.

connaissaient la mainmorte, que *l'une des seigneuries n'acquérait point sur l'autre* (1). D'où il résultait que chaque seigneur devait recueillir les biens du mainmortable qui se trouvaient sur son territoire. Mais on dérogeait à cette maxime, parce que la femme originairement franche n'avait contracté la qualité de mainmortable que par la cohabitation conjugale dans le lieu où elle était décédée et à l'égard du seigneur de ce lieu (2).

§ II. *Condition des serfs*

Les explications qui précèdent ont déjà fait comprendre qu'on ne peut étudier la condition des serfs dans notre ancien droit sans distinguer avec soin les époques.

Avant le XIIIe siècle, comme je l'ai dit plus haut, on trouve sur le sol français des serfs dont la condition ne diffère guère de celle des anciens esclaves au temps du paganisme (3). Ces serfs sont d'abord les prisonniers de guerre infidèles, qu'il est encore d'usage de réduire en servitude sous nos rois de la troisième race ; ce sont aussi même des captifs chrétiens, qui n'échappent pas non plus à l'esclavage, au moins sous les dynasties mérovingienne et carlovingienne, ainsi qu'en témoignent certains capitulaires et fragments des écrits d'Agobard, archevêque de Lyon (4); ce sont egalement les descendants de ces esclaves, qui ne disparurent complètement qu'avec les affranchissements ou l'extinction de leur race et lorsque les Scandinaves cessèrent de faire des incursions en France (5).

(1) *Cout.* du duché de Bourgogne, art. 102; du comté, art. 12.

(2) Bouhier, t. II, p. 787.

(3) *Charta ricalsendis* en 975 ; *Polypt. d'Irminon*, append., dip. 10 ; Du Cange, V° *Quittius.*

(4) *De Baptismo judaïcor. mancipior.*

(5) Alciat, *ad leg. Hostes*, 108, *de verbor. signif.* Varnefrid., lib. 4, *in princip.* ; Zypœus, lib. 2, *notitia juris belgici*, lib. 2.

Au XIIIe siècle, ces serfs de corps sont déjà nettement distingués des serfs d'héritage (1). Les premiers qu'on appelle *homines proprii, capitales, serfs de chiefs,* sont soumis à la puissance absolue de leur maître dans leurs personnes et dans leurs biens. Il dispose d'eux selon son gré. Les seconds, au contraire, ne sont astreints qu'à la terre. Comme le dira plus tard la coutume de Vitry, ils sont tellement réputés « du pied et partie de la terre, qu'ils se baillent en aveu et dénombrement par les vassaux avec leurs autres terres » (2). Il en résulte que le sol les possède et qu'à leur décès tous leurs biens sont dévolus au seigneur de ce sol, à l'exclusion de leurs enfants.

Qu'il soit serf de corps ou d'héritage, au surplus, l'homme de condition servile ne peut, par sa seule volonté, porter atteinte au droit de son seigneur. C'est là le grand principe féodal qui s'applique en toutes choses, surtout au servage. Tout acte qui préjudicie au maître de la personne ou des biens doit être précédé de son consentement exprès. Ainsi le serf ne peut se faire clerc, ni prendre une femme franche sans cette autorisation. Il ne peut disposer par testament de ses propriétés que jusqu'à concurrence de cinq sols, *pro remedio animi.* Une seule chose est permise, en certains lieux, au serf d'héritage, c'est de désavouer son seigneur, mais en lui abandonnant ses biens meubles ou immeubles, pour réparation du tort qu'il lui cause (3). Le désaveu deviendra ainsi un mode fréquent d'affranchissement.

(1) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis,* ch. XLV, n°s 30, 31; *Lettres* de Philippe IV, ch. I, IV; *Ordonn.* t. XII, p. 335; *Statuta Petri de Ferrariis,* dans Giraud, *Essais sur l'histoire du droit,* t. II; Pierre de Fontaines, ch. XXI, n° 8.

(2) Art. 145. V. La Thaumassière, *sur les anciennes coutumes du Berry,* part. I, ch. IV, V.

(3) Dans le duché de Bourgogne, il existait une classe particulière de serfs appelés *serfs servages,* dout la condition était ainsi déterminée par l'art. 119 des anciennes coutumes : « Ceux qui sont serfs de leur chief et de leur teste, et doivent chacun quatre deniers

Au xve siècle, à la veille de la rédaction des coutumes, nous retrouvons les mêmes distinctions et les mêmes défenses. Cependant quelques-unes de ces dernières se sont adoucies. Ainsi les serfs, quels qu'ils soient, deviennent capables de transmettre leur succession à leurs enfants. En quelques lieux, l'interdiction, faite aux deux sexes, d'épouser sans l'assentiment du seigneur un conjoint de condition libre ou le serf d'une autre seigneurie, se réduit aux hommes, qui ne peuvent rechercher une femme libre ou étrangère (1). Les entraves apportées à la liberté ne se multiplient pas, loin de là : mais elles varient beaucoup selon les conventions ou les usages, et c'est pour ce motif que l'une des dénominations les plus fréquemment employées pour désigner les hommes soumis au servage était celle de *gens conditionnés*. Les conditions de leur existence et de leur capacité étaient très diverses. On distinguait en effet les serfs de corps ou, comme on les nommait généralement, les *hommes de poursuite*, des *mortaillables* ou *mainmortables*, qui n'étaient soumis, en général, lors de leur décès sans postérité, qu'à un droit de retour au profit du seigneur, soit sur leurs meubles, soit sur leurs immeubles, soit sur tous leurs biens sans dictinction (2). L'homme de poursuite, *taillable à volonté*, *abômé* ou *abonné*, *quérable* ou *corvéable* (3),

au seigneur pour la rançon de leur chief. Et puet le seigneur prendre tous leurs biens quand il lui plaist, leurs personnes en ostages, vendre et aliéner quand il lui plaist, comme son serf. (Bouhier, t, I, p. 149). Ces hommes de corps, soumis à la servitude personnelle, ne pouvaient désavouer leur seigneur, sauf dans le cas où il leur refusait « leur vivre, » et leur donnait ainsi « congié. » Les serfs servages n'existaient plus lors de la rédaction de la coutume en 1459.

(1) *Cout.* de Bourgogne, art. 107.

(2) La coutume de la Marche, art. 142, 152, réservait ces noms aux serfs qui tenaient un héritage réversible à une église, lors de leur décès sans enfants. Mais, ailleurs, les dénominations s'appliquaient indifféremment aux mainmortables dépendant d'une seigneurie laïque ou ecclésiastique.

(3) Expressions empruntées à la coutume du Nivernais, ch. VIII, art. 7. Elles seront expliquées plus loin.

était le véritable serf. On le nommait ainsi parce que son seigneur pouvait le rechercher dans une autre seigneurie pour le contraindre à revenir à la glèbe. A l'origine du régime féodal, cette coërcition était effective, et les serfs fugitifs devaient même être renvoyés d'office à leur maître par les autorités sur le territoire desquelles ils s'étaient cachés. Mais les ordonnances royales tempérèrent la rigueur des principes et le droit du seigneur se réduisit à contraindre l'homme de poursuite qui ne revenait pas à lui payer la taille par la saisie de ses héritages soumis à la mainmorte. En outre, au décès du serf de corps sans hoirs ou parents vivant en communauté avec lui, la succession entière, mobilière ou immobilière, située dans ou hors la seigneurie, était recueillie par son maître (1). Les mortaillables ou mainmortables, au contraire, n'étaient pas *quérables*. On disait d'eux : libres à la vie, serfs à la mort. En d'autres termes, à moins de convention spéciale, et sauf dans les cas où la loi locale édictait contre eux une déchéance particulière, ils jouissaient pendant leur existence d'une véritable liberté, si on compare leur condition à celle de l'homme de poursuite, et leur capacité n'était sensiblement diminuée qu'au point de vue de la transmission de leurs biens.

Du XV[e] au XVIII[e] siècles la distinction précédente subsiste. Il existe encore des serfs de *poursuite*, qui ne peuvent se soustraire au servage; toutefois le chiffre en a considérablement diminué, et les rares coutumes qui en proclament l'existence, telles que celles du Nivernais, de Troyes, du Bourbonnais, les usages de Bresse et du Bugey, tombent presque en désuétude ; elles sont au moins renfermées dans des limites de plus en plus étroites par la doctrine et la jurisprudence. Puis, dans les autres pays dits de mainmorte, on retrouve une

(1) *Cout.* du Nivernais, ch. VIII, art. 7.

classe nombreuse de serfs de *meubles* ou d'*héritages*, qui, en cas de mort sans enfants légitimes vivant en communauté avec eux, sont soumis au droit de succession ou d'*échute* du seigneur, soit en ce qui concerne leurs meubles, soit à raison de leurs immeubles, soit même à raison de tous leurs biens indistinctement. Mais, pour s'affranchir du servage, il leur suffit de délaisser à leur maître ceux des biens qu'ils possèdent sur le territoire de la seigneurie et qui sont frappés de ce droit de mainmorte. Cet état, qui est désormais, je le répète, celui de la majeure partie des serfs dans les provinces où le servage s'est maintenu, ne disparait pour les domaines de la couronne qu'avec l'édit d'août 1779 et, pour le reste de la France, que dans la nuit du 4 août 1789.

Examinons maintenant, avec plus de détails, à ces deux points de vue, la condition servile.

La liberté du serf était restreinte de deux manières : par des charges ou des obligations de faire, et par des prohibitions ou des incapacités.

1° *Charges du serf.* — L'une des premières charges du serf était le paiement de la *taille* (1). Ce n'était pas le signe distinctif du servage, puisque, comme on va le voir, elle pouvait atteindre des roturiers libres. Dans sa signification propre et naturelle, le mot *taillable* désignait seulement un homme sujet à payer à son seigneur une redevance annuelle : on pouvait être mainmortable sans payer de taille ; on pouvait aussi être tenu d'une taille sans être sujet à mainmorte. Mais, en fait, la taille seigneuriale accompagnait le plus ordinairement la qualité d'homme servile.

(1) Le nom de ce subside venait de ce que les collecteurs, pour la plupart illettrés, se servaient d'un petit morceau de bois fendu en deux, et sur lequel ils pratiquaient des entailles pour marquer les sommes qu'ils recevaient. L'un des fragments du bâton leur servait de rôle ; l'autre était laissé au débiteur en guise de quittance. (Bouhier, t. II, p. 594).

Il ne faut pas confondre la taille seigneuriale avec la taille royale. La première était la plus ancienne. C'était aussi la seule qui pût entraîner la présomption de servitude. En concédant des terres à leurs sujets, les seigneurs avaient, à l'origine, stipulé qu'une redevance annuelle en nature ou en espèces leur serait payée à perpétuité. Mais ces taxes de terrage, le plus souvent modiques, ne leur suffisaient pas. Aussi avaient-ils levé sur leurs hommes des *aides* en quatre cas : pour chevalerie, voyage d'outre-mer, rançon du seigneur fait prisonnier de guerre, et mariage de sa fille aînée. Il est inutile de dire que les serfs étaient soumis aux aides, puisque les vassaux libres les payaient également aux hauts justiciers. Quand l'aide se joignait à la taille, elle prenait le nom de *doublage*, parce qu'alors la taille était élevée au double. A l'imitation des seigneurs, la royauté se mit aussi à percevoir des tailles, hors ses domaines privés, en invoquant son droit de suzeraineté. D'abord, elle ne les perçut dans toute l'étendue du royaume que comme un impôt extraordinaire, en les fixant, selon ses besoins, à la 100e, à la 50e, à la 20e partie du revenu des habitants. Cela avait lieu surtout pour l'entretien et la solde des armées. Ainsi Henri II imposa un taillon, par forme de crue, pour la paie de la gendarmerie. Mais, déjà longtemps avant lui, à partir de Charles VII, la taille royale était devenue une charge ordinaire du tiers-Etat, malgré les protestations des Etats généraux, qui purent seulement obtenir la reconnaissance de ce principe, qu'aucune taille, aucun subside nouveau ne serait établi à l'avenir sans l'assentiment formel des représentants de la nation. La taille royale n'atteignait que les roturiers et les serfs : les clercs et les nobles en étaient exempts (1).

(1) Edits de 1418, de 1579, art. 56, et de février 1580, art. 18. « Aucuns héritages tenus roturièrement doivent tailles, » disait la coutume de Poitou, art. 99, 103.

Elle fut bientôt si « crûe, dit Coquille, qu'il n'y eut rien de reste pour les seigneurs. »

Ceux-ci continuèrent pourtant à lever, autant qu'ils le purent, celle qui leur était due, et c'est de cette dernière que je parle ici exclusivement. On distinguait la taille *franche* ou *serve*, la taille *personnelle* ou *réelle*. Elle était franche, quand elle était perçue sur des personnes tenant un héritage en franchise sous la condition du paiement d'une redevance en argent. Elle était *serve*, lorsqu'elle était imposée à un homme de servage ou de mainmorte (1). C'est le cas qui nous occupe. Enfin, elle était *personnelle*, quand elle reposait sur la tête de l'individu qui y était soumis, comme à une véritable capitation servile, et *réelle*, lorsqu'elle était due à cause de la détention d'un immeuble appartenant à un seigneur (2). Lorsque le serf ne jouissait plus de cet immeuble, il ne devait plus de taille.

Lorsque la taille était personnelle, le serf qui la devait était homme de poursuite, c'est-à-dire qu'il était *quérable* par le seigneur dans quelque lieu qu'il se fût réfugié pour l'acquittement de ce tribut, en dehors de toute redevance purement réelle et de toute possession actuelle d'héritage servile dans l'étendue de la seigneurie. S'il ne possédait que des biens francs, les revenus de ces biens n'étaient pas exempts de supporter la taxe (3). Quand elle

(1) *Cout.* de la Marche, art. 69, 132.

(2) V. *Cout.* de Blois, art. 40 ; du Dunois, art. 26, 27 ; du Bourbonnais, art. 345.

(3) *Cout.* du Nivernais, ch. VIII, art. 3. Aux XIIIe et XIVe siècles, lorsque le droit de poursuite était en pleine vigueur, comme le constatent en Bourgogne les anciennes coutumes recueillies par le président Bouhier, art. 116, il donnait lieu à de véritables exactions. En 1422, le seigneur de Vergoncey, rencontrant dans une rue de Dijon un de ses serfs qui était venu exercer dans cette ville la profession de couturier, l'arrêta en présence de témoins, et, après lui avoir dit : « Vous estes mon homme taillable hault et bas et de mainmorte, et pour ce, je mets la main à vous, » lui fit sommation d'avoir à lui payer une taille de 400 écus d'or, qui

était seulement réelle, il ne s'agissait plus que d'un simple mainmortable.

Le serf pouvait être ou *taillable*, *exploitable à merci, à volonté, haut et bas*, ou *taillable abonné*. Dans le premier cas, sans doute le plus fréquent à l'origine, le seigneur était seul juge de la proportion dans laquelle son homme devait être imposé. Selon un proverbe vulgaire, il « plumait l'oie », mais non sans la faire crier (1). Les gémissemenis des serfs amenèrent peu à peu des tempéraments à cette règle cruelle. L'Eglise donna le premier signal : en 1179, le concile de Latran défendit aux barons de lever sur leurs terres des subsides inconnus jusqu'alors sans la permission du suzerain, sous peine d'excommunication, et Saint-Louis, Charles VI en France, Alphonse de Castille en Espagne (2), renouvelèrent cette défense au point de vue temporel. L'on admit que le seigneur ne pourrait tailler son serf plus d'une fois par an (3), ni au delà du cinquième de ses biens meubles. Les tailles dont le taux n'était pas déterminé furent réduites au double du cens et des droits seigneuriaux, ou abandonnées à la fixation de deux ou trois prudhommes de la paroisse ou des tribunaux (4). En un mot, la volonté du seigneur dut être reconnue raisonnable, selon l'expression des coutumes du Nivernais et du Bourbonnais, et elle fut soumise à un contrôle étranger. Malgré ces

vaudraient aujourd'hui 15 ou 16,000 fr. (Simonnet, *documents inédits*, p. 168). Parfois cependant, les seigneurs ne se montraient pas aussi rigoureux et se bornaient à requérir leur homme de venir *demeurer sous eux*, sans les taxer arbitrairement: (id. p. 169).

(1) *Cout.* du Bourbonnais, art. 190. V. aussi *Vetus consuetud. Franciæ*, tit. III, p. 93, *vet. édit.*

(2) V. Joinville, édit, Wailly, p. 252 et s; *Stil. Parlamenti*, part. III, tit. 36; *Las siete partidas*, tit. VII, c. ult.

(3) *Cout.* du Nivernais, ch. VIII, art. 1.

(4) Id., art. 2; Salvaing, *de l'usage des fiefs*, p. 232, 233; La Thaumassière, *sur les anciennes cout. du Berry*, part. I, ch. 27, p. 35; Brillon, VI, 490; Loysel, *Inst. cout.*, liv. VI, tit. 6, règle 1.

précautions, les exactions restèrent grandes et les abus criants. En 1507, au moment même où l'on rédigeait les coutumes générales de la province, il n'existait presque que des taillables à merci dans la Touraine. Seulement, ils avaient la faculté de se dire les *hommes du roi*, et, si les officiers des seigneurs refusaient de modérer les tailles excessives, *l'aveu du roi* libérait le serf. Le moindre prétexte d'ailleurs suffisait au maître pour frapper son sujet d'une imposition spéciale. En 1411, l'évêque de Troyes voulut faire achever les galeries de son château d'Aix : il leva une taille sur les habitants et ceux qui résistèrent furent jetés en prison. Bien plus tard encore, malgré le soulagement réel apporté à la condition des taillables *à miséricorde* par la jurisprudence et les usages dans la plupart des provinces où le servage s'était conservé, Fléchier nous a transmis le lamentable souvenir des excès auxquels se livraient en 1680 certains seigneurs d'Auvergne : un marquis de Canillac levait sur ses terres la taille de Monsieur, la taille de Madame, la taille des enfants, et douze estafiers à ses gages assuraient l'exécution de ce pillage organisé. Cet impudent détrousseur fut, il est vrai, condamné à mort ; mais combien d'autres l'avaient précédé dans cette voie avant les justes mesures de répression prescrites par Louis XIV ?

Le *taillable abonné* était celui dont une convention dite d'abonnement avait fixé la redevance annuelle. La quotité de cette redevance, il est à peine besoin de le dire, variait selon les temps, les lieux et l'aisance générale des serfs (1). Quelquefois, la coutume règlait elle-même le

(1) On peut donner quelques exemples de ces abonnements. En Bourgogne, en 1290, la communauté de Meloisey payait 50 livres viennoises par an. En 1372, à Mypont, chaque habitant devait 20 deniers tournois, plus une « geline » par feu. En 1519, les abonnés de Marigny-les-Reullée payent 35 deniers par tête. A Autricourt, en 1543, le serf ne donne qu'un sol par habitation et ce taux est adopté en 1671 à Arnay-sous-Vitteaux. (Garnier, *op. cit.*, t. III, p. 511, 513, 524).

taux de la taille. On appelait alors le débiteur serf *coutumier* (1). Ce n'était en réalité qu'un taillable abonné.

L'abonnement à la taille ne détruisait pas sans doute, mais elle améliorait beaucoup la condition servile de son débiteur. Aussi du XIIIe au XVIe siècles, on voit un grand nombre de communautés conclure avec leurs seigneurs des contrats de cette nature, qui leur rendaient une assez grande liberté. En Bourgogne, vers 1500, le nombre des villages abonnés était fort supérieur à celui des lieux taillables à merci. Par l'abonnement, ils arrivaient même non seulement à « admodérer » la taille, mais encore à se racheter du droit d'échute ou de mainmorte, et c'est dans ce sens qu'il faut entendre dans ce pays les expressions *francs* ou *abonnés* qui sont souvent employées par les documents contemporains comme synonymes. Aussi les communes bourguignonnes préféraient-elles l'abonnement à l'affranchissement par charte : l'un leur donnait l'exemption de la mainmorte à charge d'une taxe fixe ; l'autre leur enlevait, il est vrai, le droit d'échute, mais les laissait le plus souvent taillables à volonté.

Du reste, qu'il soit taillable à merci ou abonné, le serf personnel peut être contraint par son seigneur à résider dans la seigneurie, s'il en est sorti, et cette action dure trente ans. Les habitants de la communauté abonnée sont solidaires du paiement de cette taille, et le seigneur a le droit d'en répéter les arrérages pendant vingt ans, bien que « corvées, tailles, guets, gardes et questes ne tombent en arrérages, » selon Loysel (2), règle qui s'applique seulement à la taille à merci. Si la taille

(1) *Cout.* de la Marche, art 126. Cette taille était, d'après cette coutume, payable en trois termes, avec une redevance d'avoine et une poule. Mais elle n'était pas personnelle, elle était imposée à raison de l'héritage possédé par le serf, qui devenait simplement mortaillable, si l'héritage passait de mains laïques à l'Eglise.

(2) *Inst. cout.*, liv. VI, tit. VI, règle 10 ; *Cout.* de la Marche, art. 159.

est au contraire réelle, le seigneur ne peut obliger le taillable abonné à réintégrer sa terre dans le cas où il l'aurait quittée. L'héritage supporte seul alors le poids des taxes seigneuriales.

Outre la taille, le serf doit la *corvée*, à moins qu'il n'en ait été, ce qui eut lieu parfois, expressément dispensé. Pas plus que la taille d'ailleurs, la corvée n'est un signe péremptoire de servitude : un grand nombre de chartes d'affranchissement réservent au seigneur le droit d'y soumettre les sujets auxquels il concède la liberté. Faucher, moissonner, vendanger, nettoyer les douves du château, en réparer les murailles, entretenir les routes, transporter la pierre, le vin, le fumier,les récoltes du seigneur, ce sont là des obligations imposées au tenancier libre, s'il y a contrat, comme au serf. Un noble lui-même peut donc être corvéable, à raison de l'héritage roturier qu'il détient. Mais, en ce cas, il ne s'acquitte de sa corvée qu'à raison de sa tenure et n'y est pas personnellement obligé.

Comme la taille, la corvée se distingue en corvée *à volonté* et corvée *abonnée* ou simplement *réduite*. La taille à merci n'entraîne pas nécessairement la corvée à merci, quoique d'ordinaire un serf soit à la fois soumis à l'une et à l'autre. Par suite, s'il n'existe pas d'autre signe certain de servage, la simple qualification de corvéable à volonté ne suffirait pas à caractériser l'état d'un mainmortable sujet à échute. Comme la taille, la corvée à merci fut presque seule pratiquée à l'origine. Mais elle se transforma peu à peu en corvée *raisonnable*. Ce fut l'œuvre des jurisconsultes et de la jurisprudence ; ce fut aussi celle des coutumes rédigées. D'une part, les parlements de Paris, de Metz et de Bordeaux allégèrent la charge imposée aux simples tenanciers en obligeant le seigneur à nourrir le corvéable pendant la durée de son travail, qnoique les coutumes du Bourbonnais et d'Auvergne eussent déclaré que « corvée se doit faire aux dépens de

celui qui la doit (1) », et cette jurisprudence profita aux serfs. De l'autre, on réduisit à douze par an le nombre des corvées qu'il pouvait exiger d'eux (2). Plus tard, en 1679, l'intendant de Lyon les réduisit même, dans le domaine royal, à cinq lorsque les terriers employaient le pluriel, et à une seule, lorsqu'ils s'exprimaient au singulier. Il ne s'agit ici que de la corvée seigneuriale, car la corvée royale n'existait alors que par exception et sous une forme très irrégulière. Elle ne fut définitivement organisée qu'au XVIIIe siècle pour l'entretien des routes.

Il est inutile d'ajouter que l'acquittement des tailles et des corvées n'excluait pas celui des autres droits seigneuriaux dont le serf pouvait être chargé à raison de la détention d'un immeuble dans l'étendue de la seigneurie. Ce serf y était soumis comme les autres tenanciers.

2° *Incapacités du serf.* — Les prohibitions de faire ou les incapacités attachées à la condition servile pouvaient concerner la personne ou les biens. Dans le premier cas, elles s'appliquaient en cas de mariage et d'engagement dans les ordres sacrés; dans le second, elles s'appliquaient au droit de propriété et à celui de succession.

A. *Mariage.* — *Foras nubere suis servis interdicunt*, dit Tertullien en parlant des Romains de son siècle. Il est très vraisemblable que cette règle s'appliqua dans les premiers temps du moyen âge. Le consentement du maître fut nécessaire au serf pour se marier; mais le mariage contracté sans cette autorisation n'était pas nul : il était seulement recommandé aux prêtres des paroisses de s'assurer préalablement de l'assentiment seigneurial. Primitivement, on donnait le nom de *formariage* à la prohibition faite au serf de contracter mariage sans ce consentement. Plus tard, lorsque les seigneurs ne le donnèrent que moyen-

(1) *Cout.* d'Auvergne, tit. XXV, art. 19 ; du Bourbonnais, art 339.
(2) Id. et *Cout.* de la Marche, art. 154.

nant le paiement d'une taxe, on appela *formariage* la taxe elle-même, dont le maximum, fixé à un *solidus* par le pape Grégoire-le-Grand, fut bientôt dépassé dans la pratique. Quand le serf se mariait sans le congé de son seigneur il était passible d'une amende au profit de celui-ci. Cette amende était ordinairement fixée à 60 sols.

Mais la prohibition était-elle absolue ou ne s'appliquait-elle qu'à l'union contractée avec certaines personnes déterminées ? Si l'on peut supposer qu'à l'origine elle s'étendait à tous les mariages serviles, sans distinction, il est du moins certain, d'après les plus anciennes coutumes, qu'elle ne fut bientôt appliquée qu'aux mariages contractés soit avec des francs, soit avec des serfs appartenant à d'autres seigneuries (1). En Bourgogne même, lors de la rédaction de la coutume, elle fut restreinte aux femmes ; le serf mâle qui épousa une femme de condition libre cessa d'être atteint par le *formariage* (2). Mais ce fut une exception spéciale à cette province, où l'on chercha évidemment à restreindre le servage à cet égard, car il y fut admis que le droit de *formariage* ne s'exercerait point, s'il n'était expressément réservé au seigneur par un titre ou acquis par une possession immémoriale (3).

Ce droit était en effet fort rigourenx. Quand le serf avait épousé une femme franche ou une serve dépendant d'une autre justice, sans la licence seigneuriale, il était, je l'ai déjà dit, frappé d'une amende qui punissait son omission de solliciter l'assentiment de son maître. Mais si cette permission obtenue le dispensait de payer l'amende, elle ne l'exonérait pas d'une pé-

(1) V, *Ancienne cout.* du duché de Bourgogne, art. 117 ; *cout.* de Meaux, art. 78 ; de Troyes, art. 3 et 6 ; de Chaumont, art. 3 ; de Vitry, art. 144 ; *Grand coutumier de France*, liv II, ch. 16 ; La Thaumassière, *sur les anciennes cout.* du Berry, p. 494.

(2) Bouhier, t. II, p. 791.

(3) Id., p. 190.

nalité plus grave encore. Il perdait soit le tiers, soit la moitié, soit même la totalité (1) de ses biens serviles qui devenaient la propriété du seigneur. Le *formariage* était ainsi une indemnité accordée à celui-ci. La serve qui épousait un homme libre, devenant franche par le fait de son union, privait son seigneur d'une sujette et de son droit d'*échute*. Pour s'indemniser de cette double perte, le maître s'emparait de tout ou de partie de son héritage mainmortable. De même, la femme de condition servile qui se mariait au serf d'une autre justice, passant sous la seigneurie de son mari, son seigneur d'origine confisquait ses biens pour réparer le préjudice qu'il éprouvait en perdant une de ses serves (2). En Bourgogne, lorsque la femme n'avait aucun immeuble mainmortable, lorsque par exemple ses parents ne lui avaient constitué qu'une dot mobilière, le seigneur ne pouvait exercer le droit de *formariage*. Il en était de même lorsqu'à la mort de ses ascendants, par suite d'une licitation, elle ne recueillait dans leur succession que des meubles et cédait à ses frères et sœurs les héritages qui lui avaient été donnés par contrat de mariage, à moins que la licitation

(1) *Cout.* de Bourgogne; tit. IX, art. 21 : « Le seigneur de la mainmorte prend pour le feur-mariage de sa femme mainmortable les héritages qu'elle a sous lui et au lieu de la mainmorte, ou autant vaillant qu'elle emporte, au choix de ladite femme ». V. procès-verbal de la *cout.* de Laon, rédigée en 1556, tit. I. — Dans la Bresse, le Bugey et le pays de Gex, le droit de formariage n'existait pas.

(2) Souvent les seigneurs voisins convenaient entre eux de permettre à leurs serfs respectifs de contracter mariage sans recourir à leur consentement. On disait alors de ces serfs : *consortium habent in contrahendo matrimonium*. (Dareste de la Chavanne, *Histoire des classes agricoles*, p. 206.) Ces traités dits de *parcours d'hommes*, en allemand *Genossenchaft*, stipulaient ordinairement que les serfs qui en pouvaient profiter payeraient à leur seigneur une certaine somme qui était l'équivalent de ce que celui-ci perdait par la suppression du droit de *formariage*. (V. Brussel, *Usage des fiefs*, p. 1010, et comme exemples de ces traités Cauvet, *du mariage des serfs*, *Bulletin de la commission archéologique de Narbonne*, 1877.)

n'ait été faite en fraude du seigneur. Le seul moyen de de se soustraire à la perte de ses biens, en tout autre cas, était pour la serve d'obtenir de son maître une sorte d'affranchissement conditionnel qui l'exonérait des conséquences du *formariage*. De toutes les incapacités qui atteignaient les serfs, celle qui résultait du *formariage* était peut-être la plus redoutée. En 1450, Philippe de Vaudrey affranchit ses sujets de Champvans-les-Gray, parce que, dit-il, la mainmorte les empêche de « trouver hommes et femmes estrangiers qui se veulent venir marier audit lieu. »

Dans quelques contrées, comme l'Angoumois, la Saintonge, les pays basques de Bayonne et de Labourd, ainsi que dans le duché de Bourgogne, il existait un singulier usage, qui avait reçu le nom d'*affiliation*. Lorsque deux filles, appartenant à deux familles différentes, entraient par mariage dans la famille l'une de l'autre, elles étaient autorisées à échanger leurs droits successifs, de façon à ce que la bru succédât à son beau père et non à son père. Elle était ainsi affiliée à la famille de son mari et remplacée dans sa propre famille par sa belle-sœur. Cet échange, qui, dans le midi, se pratiquait même entre maris et beaux-frères, opérait une subrogation des personnes et des successions. Dans le cas où il avait lieu entre filles mainmortables, le seigneur ne pouvait exercer son droit de formariage, puisqu'en perdant une serve, il en recouvrait une autre.

B. *Engagement dans les ordres*. — L'homme de mainmorte qui désirait entrer en religion ne pouvait le faire qu'après avoir obtenu l'autorisation de son seigneur (1). A défaut de cette autorisation, il ne pouvait ni aliéner les biens qu'il possédait dans le pays de mainmorte, ni jouir de quelque sécurité. Le consentement du seigneur

(1) *Capitul.* de Charlemagne, liv. I, ch. 88 ; *Coutumes* de Troyes et du Nivern., ch. VIII, art. XVII ; Pasquier, *Recherches*, l. IV, ch. VIII.

immédiat suffisait, à l'origine, sans qu'il fût nécessaire de solliciter celui du suzerain ou du roi (1). Mais il paraît que, plus tard, on fut obligé de solliciter un affranchissement royal. Le droit canonique exigeait en effet que l'homme fût libre ou affranchi pour recevoir, sinon la tonsure, au moins la prêtrise (2). Au XIII[e] siècle cependant, le droit de poursuite du maître s'éteignait lorsque le serf était demeuré dix ans dans les ordres. Quelque temps après, les coutumes qui imposaient à l'homme de condition servile l'obligation de solliciter l'autorisation seigneuriale pour entrer dans la vie religieuse, permirent au maître qui n'avait pas donné son consentement d'exiger la dégradation de son serf, s'il n'aimait mieux confisquer ses biens et agir en dommages intérêts contre l'évêque qui avait procédé à l'ordination (3). Dans le duché de Bourgogne, il était seulement autorisé, parce que la mainmorte était surtout réelle, à s'emparer de la succession mobilière et immobilière du prêtre mainmortable, à moins que celui-ci n'eût des parents habiles à lui succéder ou vivant en communauté avec lui (4). Le serf élevé au sacerdoce sans l'assentiment de son seigneur demeurait prêtre, parce que le caractère de la prêtrise était ineffaçable. Il était exempt des corvées personnelles, mais devait rendre les corvées réelles par l'intermédiaire d'un autre mainmortable qu'il subrogeait à ses obligations envers son seigneur. D'ailleurs, en renonçant à son *meix*, à son héritage de mainmorte, il devenait franc. La dignité épiscopale, en tout cas, valait pour lui un affranchissement complet (5).

(1) Chasseneuz, *sur la cout. de Bourgogne*, ch. IX, art. 9.

(2) Gratien, dist. 54, tit. extra *de servis non ordinandis*.

(3) Beaumanoir, ch. 45 ; *Cout. du Châtelet*, art. 17 ; Coquille, sur l'art. 17, ch. VIII, de la *Cout. du Nivernais*.

(4) *Cout.* de Bourgogne, tit. IX, art. 20.

(5) Chasseneuz, *sur la cout. de Bourgogne*, rubr. 6, § 3, n° 17.

C. *Témoignage en justice.* — A l'origine, le serf ne pouvait être témoin. Les coutumes rédigées maintinrent cette défense, sauf celles du Bourbonnais et du Nivernais, au moins quand le témoignage était requis par le seigneur, et quand il s'agissait d'une matière civile. « Les gens de condition mainmortable, taillables haut et bas, dit l'art. 18 du tit. IX de la coutume de Bourgogne, corvéables à volonté, justiciables en toute justice, ne sont point reçus en témoignage pour leur seigneur, duquel ils sont hommes des susdites conditions, ou de trois ou de deux d'icelles. » Cette règle était moins, à vrai dire, une incapacité prononcée contre le serf, qu'une précaution prise contre le despotisme et la violence des seigneurs. On craignait qu'ils n'abusassent de leur pouvoir sur leurs mainmortables pour les contraindre à soutenir de leur témoignage les prétentions injustes de leurs maîtres. Ce qui le prouve, c'est qu'on admit souvent les serfs des Eglises à rendre témoignage, parce que l'on ne pouvait supposer que celles-ci usassent de contrainte pour leur imposer une déposition favorable (1). Par réciprocité, le seigneur n'était pas admis à déposer, sans nécessité absolue, en faveur de son serf.

D. *Absence.* — Le serf qui n'était pas *homme de poursuite*, le mainmortable d'héritage, soumis seulement à une servitude réelle, n'était pas tenu de résider dans le lieu de la mainmorte : il suffisait qu'il fît cultiver la terre qui lui avait été abandonnée, qu'il y mît des *desserveurs*, selon l'expression de la coutume de Bourgogne. Mais s'il s'absentait sans avoir pourvu à cette culture et au paiement des droits seigneuriaux, le seigneur percevait les fruits de la terre et, après dix ans, s'emparait du fonds. « Iceux dix ans passés, dit cette coutume, lesdits héri-

(1) V. diverses concessions royales citées par Mabillon, *Analecta*, t. II, p. 563.

tages demeurent au seigneur, pour en disposer dès lors en avant, ainsi que bon lui semblera. » Dans le cas où le serf revenait avant l'expiration de ces dix années, il reprenait son immeuble, à l'exception des fruits perçus pendant son absence.

E. *Société.* — Les mainmortables avaient le droit de se réunir en société, de former des communautés, des *communions*, en vivant ensemble *à un pain et un feu*, ainsi que nous le verrons tout-à-l'heure ; ils pouvaient former entre eux ces *compagnies* dont parle Beaumanoir, et n'avaient pas besoin pour organiser cette vie commune de l'autorisation de leur seigneur. Mais lorsque la société avait été dissoute, lorsque pour employer les expressions de la coutume, ils avaient « parti et divisé leurs biens meubles et héritages, » qu'ils s'étaient « séparés d'un feu et d'un pain, et fait demeurance séparée chacun en son chef », ils ne pouvaient se réunir de nouveau sans le consentement du seigneur. Leur rapprochement en effet avait pour résultat de constituer une nouvelle société et de rendre les communiers successibles entre eux, lorsque d'ailleurs ils étaient alliés par le sang. Par suite, le seigneur de la mainmorte perdait son *échute* et ne pouvait plus recueillir l'héritage de son serf. Il était donc intéressé à s'opposer à la réunion des éléments de l'ancienne association dissoute. V. *infra.*

F. *Propriété.* — Le serf ne pouvait acquérir une terre noble sans le consentement de son maître, parce qu'une telle acquisition était un affranchissement indirect. Mais il lui était loisible, sans cet assentiment, d'acheter une terre roturière. Il avait donc pleine liberté de posséder.

Quant à la capacité d'aliéner, il fallait distinguer. Aucune coutume ne lui interdisait d'aliéner des meubles entre vifs. Ventes et donations mobilières lui étaient permises d'une manière absolue. Au contraire, il ne pouvait pas, en principe, aliéner ses immeubles serviles ou libres.

Les uns comme les autres, en effet, devaient à son décès revenir à son seigneur : la terre servile ne lui avait été concédée que sous la condition de ne s'en dessaisir jamais. Mais cette condition, imposée dans le premier état du droit par les plus anciennes coutumes (1), cessa bientôt d'être respectée. En droit, le taillable haut et bas ne possède rien qui n'appartienne au seigneur; celui-ci peut, à discrétion, le dépouiller de sa propriété et lui interdire de la transmettre à autrui. En fait, dès le XIVe siècle, le serf voit se consolider entre ses mains ses biens immobiliers, et l'arbitraire auquel il est soumis est renfermé dans des limites plus étroites par l'usage qui prendra bientôt un corps dans le texte officiel des nouvelles coutumes. L'art. 10 du titre IX de celle du duché de Bourgogne déclare que le mainmortable ne pourra vendre et aliéner ses héritages assis en un lieu de mainmorte qu'aux gens de la seigneurie et de la condition dont il est lui-même, si ce n'est du consentement de son seigneur, à moins qu'il n'y ait parcours ou usance contraire. Ainsi, il peut désormais disposer entre vifs de ses biens libres, situés sur une terre non soumise à la mainmorte. La prohibition ne s'applique qu'à l'héritage mainmortable. Celui-ci peut être cédé, donné, échangé ou vendu à un serf de la même seigneurie sans autorisation du seigneur. Mais le seigneur doit fournir son consentement à toute disposition qui aurait pour effet de faire passer l'immeuble de mainmorte entre les mains d'un homme franc ou d'un serf appartenant à un autre fief, à moins qu'il n'y ait eu stipulation du droit de parcours sur le territoire de mainmorte. Que la vente soit ferme ou conditionnelle, à réméré, elle est nulle sans l'agrément du maître. Elle est également nulle, comme une donation elle-même, si elle est faite à la veille du décès du serf, parce que en ce cas elle équivaut à une disposition à

(1) Art. 138 des *anciens stilles* de Bourgogne, Bouhier, t. I, p. 151.

cause de mort, qui lui est interdite. L'homme franc peut sans doute acheter un bien mainmortable, mais il est obligé de le transmettre dans l'année à un homme de la mainmorte du seigneur, sinon celui-ci le saisit et fait les fruits siens; dix ans après, il en a la pleine et entière propriété (1).

Au surplus, les aliénations non autorisées par le seigneur n'étaient pas nulles de plein droit. Celui-ci n'avait qu'une action en nullité ou en résolution de la vente ou de la donation, une action en *videmains* (2). S'il ne l'exerçait pas, la disposition produisait tous ses effets. Mais il pouvait l'exercer en tout temps sans prescription possible. Lorsque l'homme franc qni avait acheté un fonds de mainmorte devenait après la vente mainmortable du seigneur, l'aliénation devenait alors valable, parce que le seigneur recouvrait ses droits d'échute sur le fonds (3).

On considérait également comme annulable la disposition entre vifs par laquelle le mainmortable donnait la totalité de ses biens à un homme libre. Pour sauvegarder les droits de son seigneur, il était obligé de réserver au moins le tiers de ses biens à celui-ci, réserve qui, en Bourgogne, ne lui était pas imposée explicitement par la coutume, mais qui était exigée par la jurisprudence. Le mainmortable était alors traité comme l'aubain qui ne pouvait donner entre vifs en se réservant l'usufruit des immeubles donnés. Il y avait en ce cas une présomption de fraude. C'était une véritable donation à cause de mort, déguisée sous la forme d'un acte entre vifs.

G. *Testament*. — Si le mainmortable pouvait disposer entre vifs de ses meubles et de ses immeubles en faveur

(1) *Cahiers pour la réformation de la coutume de Bourgogne*, art. 295.

(2) *Cout.* du Nivernais, ch. VIII, art. 19.

(3) Chasseneuz, sur l'art. 10 de la *cout.* de Bourgogne, n° 13.

d'un serf appartenant au même seigneur, il ne pouvait, sans l'autorisation de ce dernier, disposer soit des uns, soit des autres par testament (1). Toute disposition à cause de mort faite par un mainmortable soit sous forme de legs, soit par institution d'héritier, soit par convention de succéder dans un contrat de mariage, était nulle, même celle qui s'adressait à un serf de sa seigneurie. C'était la condition des affranchis romains, qui pouvaient donner entre vifs à leurs amis, mais non leur laisser par testament. On ne voulait pas que le mainmortable pût porter préjudice, par sa libéralité testamentaire, au droit d'*échute* de son seigneur. Il vivait comme libre et mourait comme serf. Quelques coutumes avaient limité cette incapacité de tester aux seuls héritages tenus en mainmorte (2). Mais la plupart, telle que celles de Bourgogne, l'étendaient à toutes espèces de biens. Le consentement du seigneur était indispensable pour en relever le mainmortable, pour un legs au-dessus de 5 sols, ou de 60 en Nivernais, et une approbation postérieure au décès du disposant ne suppléait pas à ce consentement préalable.

Toutefois, l'interdiction de tester ne s'appliquait qu'aux dispositions faites en faveur d'étrangers à la famille du testateur. Le mainmortable qui faisait un testament en faveur de l'un de ses successibles vivant en communauté avec lui, ou de ceux qui pouvaient venir à sa succession par la voie du rappel, n'avait pas besoin de l'autorisation de son seigneur. Sa disposition était valide (3). Il en était de même lorsqu'après avoir disposé en état de mainmorte, il décédait en état de liberté. *Cessante causa, cessat effectus.*

(1) « Personne mainmortable, dit l'art. 137 des anciennes coutumes de Bourgogne, ne puet faire testament, sans licence de son seigneur qui a mainmorte. » V aussi *nouv. cout.*, tit. IX, art. 11.

(2) *Cout.* d'Auvergne, tit. XXVII, art. 5; de Vitry, art. 103 ; du Nivernais, ch. VIII, art. 32.

(3) Coquille, *loc. cit.*; Bouhier, t. II, p. 821.

H. *Succession.* — De toutes les incapacités qui frappaient l'homme de mainmorte, la plus grave, la plus lourde, celle qui lui avait donné son nom, était l'incapacité de transmettre ses biens par succession.

A l'origine, cette incapacité était absolue. Non seulement le serf ne pouvait disposer par testament des biens qu'il possédait, mais il était incapable d'avoir un héritier autre que le seigneur. Celui-ci recueillait toutes les propriétés de son serf sans exception, en vertu de son droit d'*échute*. Il n'était tenu qu'à payer les dettes, au moins dans certaines coutumes. Encore cette décision n'avait prévalu qu'avec peine et malgré les juristes, d'après lesquels les seigneurs ne devaient supporter aucune charge de la succession servile, puisqu'ils recueillaient les biens de leurs serfs comme des biens vacants et sans maître.

L'échute était un véritable droit successif. Les anciens jurisconsultes la définissaient : *bonorum omnium successio*. La coutume du duché de Bourgogne, tit. IX, art. 14, disait : « Le seigneur demeure saisi des biens de son homme mainmortable, quand le cas de la mainmorte advient. » L'art 15 ajoutait : « Le seigneur, quand *escheoite et succession* de mainmorte a lieu, prent les héritages estant en sa seigneurie mainmortable sans pour raison d'iceulx païer les debtes de son homme. » Il y avait donc une saisine de droit (1). *Servus mortuus saisit dominum suum*, disait le *Grand coutumier de France*, liv. II, ch. 28; le seigneur était un héritier universel, bien que, d'après la coutume de Bourgogne, il ne fût tenu des dettes que lorsqu'il recueillait les biens meubles de son mainmortable ou ses immeubles situés en pays franc. L'*échute* n'était donc pas seulement un droit de retour ou une consolidation du domaine utile au domaine direct dans la personne du seigneur, puisque lorsque la mainmorte n'était pas

(1) V. *cout.* du Nivernais, ch. VIII, art. 7.

spécialement localisée et restreinte, lorsqu'elle était personnelle, celui-ci s'emparait de tous les biens délaissés, qu'ils fussent ou non situés dans sa seigneurie. En ce cas, le baron qui exerçait l'échute agissait comme un véritable héritier. Il pouvait, en vertu de sa saisine, intenter une action possessoire contre les détenteurs des biens du serf défunt; il pouvait, de sa propre autorité, se mettre en possession de ces biens, tant que la coutume ne reconnut pas aux héritiers du sang vivant *à pot et à feu* avec le *de cujus* le droit de les recueillir. Aussi la plupart des anciens jurisconsultes estimaient que l'*échute* provenait des lois germaniques qui attribuaient au maître la succession de ses serfs, en qualité d'héritier, comme les lois romaines donnaient au patron celle de son affranchi décédé sans postérité. Cette origine est-elle bien exacte ? Je l'ai déjà examiné plus haut et je n'y reviens que pour faire une seule observation. Si le droit d'échute était uniquement sorti de l'assimilation du mainmortable au serf germanique, il en serait résulté que le seigneur d'origine aurait dû recueillir même les biens de mainmorte appartenant à son serf dans une autre justice. Or, c'était un axiome coutumier que « l'une des seigneuries n'acquérait pas sur l'autre, » c'est-à-dire que chaque seigneur héritait des fonds serviles situés sur son territoire. Le seigneur du domicile du mainmortable était même préféré au seigneur d'origine pour les meubles laissés par l'homme servile dans sa seigneurie. Les biens francs seuls appartenaient au baron dans la justice duquel le défunt avait contracté la condition de mainmortable. C'est, si je ne me trompe, la preuve que la concession d'une terre avait été le principe du droit d'échute. Le seigneur ne recueillait les propriétés libres de son mainmortable qu'en vertu d'une clause de la convention primitive qui avait donné naissance au servage.

Quelque opinion qu'on adopte au surplus à cet égard, le

droit absolu et illimité d'*échute* ne subsista pas longtemps. Les coutumes ne tardèrent pas à y apporter une restriction en faveur des enfants du mainmortable. « Se uns homs de mainmorte va de vie à trépassement, dit l'art. 144 de l'ancienne coutume de Bourgogne, le seigneur de la mainmorte aura tous ses biens, soient meubles ou héritages, se il ne a enfans qui ne soient pas encore partis de lui, mais demourent avec lui. Car s'ils demourent hors de chez lui, li sires aura ses biens. » Cette exception fut même étendue, lors de la rédaction de la nouvelle coutume au xve siècle, à tous les parents successibles qui vivaient en communauté ou en communion avec le défunt. « Gens de mainmorte, dit l'art. 13, tit. IX, de cette coutume, ne puent succéder l'ung à l'autre se non eux demourans ensemble et étant en communion de biens. » Les coutumes de la Franche-Comté, de Chaumont en Bassigny, de Troyes, du Bourbonnais, du Nivernais, de Vitry, de la Marche adoptèrent à cet égard la règle reçue dans le duché de Bourgogne ; quelques autres se bornèrent à admettre les descendants directs à succéder à leurs parents mainmortables, mais, en général, les successibles vivant en communauté avec le défunt furent préférés au seigneur et purent l'exclure de la succession. Ce fut là un adoucissement notable à la rigueur originaire de la mainmorte. Peu de dispositions législatives ont eu plus d'influence sur la condition civile des serfs et sur le développement des communautés villageoises pendant le moyen-âge.

Ainsi, dès la fin du XIIIe siècle, en certains lieux comme la Bourgogne, les enfants du mainmortable peuvent succéder à leur père, lorsqu'ils vivent avec lui. Au xve, ce ne sont plus seulement les enfants, ce sont les parents successibles, lorsqu'ils remplissent la même condition. On retombe presque dans le droit commun.

Mais trois conditions sont impérieusement requises pour que des mainmortables puissent se succéder les uns

aux autres : 1° la communauté de vie ou d'habitation; 2° la communauté de biens; 3° la qualité de parent successible. Ajoutons que pour recueillir la succession de l'homme de mainmorte en vertu de cette exception, il faut non seulement être mainmortable comme lui, mais encore appartenir à la même seigneurie. Un parent de condition franche où un serf dépendant d'un autre seigneur ne peut succéder, s'il ne vient s'établir dans le lieu de la mainmorte et s'il ne vit en communauté d'habitation et de biens avec le *de cujus*.

C'est ici le moment de jeter un coup d'œil sur ce que l'on appelait, dans l'ancien droit, les *communautés taisibles*. Dans son commentaire sur l'art. 7 du chap. VIII de la coutume du Nivernais, Coquille émet l'avis que le droit de se succéder les uns aux autres avait été accordé aux serfs pour inviter les villageois à vivre ensemble, lorsqu'ils étaient *personniers*, c'est-à-dire lorsqu'ils appartenaient à la même famille et avaient des biens communs, afin de rendre plus facile la culture des champs, qui exige le concours de plusieurs personnes. Coquille peut être dans le vrai, mais il fixe à une époque trop récente l'usage des communautés taisibles. Non seulement, elles étaient de toute antiquité très fréquentes en Italie (1), mais au XIII° siècle on les rencontre également en France. « Si deux personnes ou plusieurs de roturière condition, dit la coutume de Poitou, art. 231, aagez de 25 ans et usant de leur droit, demeurent ensemble par an et jour, vivans d'un même bien, et chacun d'eux ait apporté ses biens au fait commun de l'hostel, ils contractent taisiblement compaignie, supposé qu'aucune chose n'en ait esté convenue expressément entre eux... » Beaumanoir, les anciennes coutumes de la ville et septaine de Bourges, et un acte de 1293 rapporté par Chopin sur la coutume de Paris, liv. II,

(1) Balde, *Conseils*, t. I, p. 19, 97, 120.

tit. 1, n° 31, attestent également que cet usage était aussi ancien que général. V. *infra*, tit. VII, ch. 3.

Tant que les serfs vivaient ainsi en communauté de biens et d'habitation, leurs propriétés étaient réputées appartenir à la famille seule, et la portion de celui qui venait à décéder arrivait au survivant par une sorte de droit d'accroissement. Par suite, le fils vivant avec son père était regardé, au décès de celui-ci, moins comme son héritier et son représentant que comme son associé, son communier : il recueillait sa succession moins à cause de sa consanguinité qu'à raison de la « compagnie. » Cette société pouvait être tacite, et le fait seul de l'habitation commune, de la jouissance en commun des biens sociaux rendait le membre de la famille habile à succéder. Dans plusieurs pays, cette communauté était dissoute dès que l'un des communiers se retirait. *Un parti, tout est parti, et le chanteau part le vilain* (1). Par là, l'on entendait que, quoiqu'il n'y ait pas eu de partage de biens communs, dès que l'un des associés allait vivre en dehors de l'habitation commune, *à pain séparé*, ou même lorsque, continuant à résider sous le même toit que ses co-associés, il faisait un ménage distinct, le seigneur reprenait son droit d'*échute* et succédait au défunt au moins dans ses meubles, acquêts et conquêts, mais non dans ses immeubles, selon la coutume de la Marche, dans tous ses biens, quels qu'ils fussent, selon celle du Nivernais (2). Mais cette règle n'était pas admise dans le duché de Bourgogne; la séparation des communiers n'avait lieu que lorsque les mainmortables avaient partagé tous leurs biens et s'étaient séparés de *feu*, de *pain* et de *demeure*. Le départ de l'un n'interdisait pas aux autres de continuer la communauté. La coutume du duché de Bourgogne était donc, à cet égard, plus humaine et

(1) *Cout.* du Nivernais, ch. VIII, art. 9; de la Marche, art. 153; de Franche-Comté, tit. XV, art. 17.

(2) *Cout.* du Nivernais, ch. VI, art. 18; ch. VIII, art. 9, 10, 13, 14.

plus équitable que celles du Nivernais et de la Marche : elle n'avait point cédé aux prétentions des seigneurs qui voulaient faire considérer les enfants comme inhabiles à recueillir l'héritage paternel, dès que l'un d'eux s'était éloigné du domicile commun, ou vivait isolément sous le même toit.

Une autre faveur avait été accordée par les coutumes du duché de Bourgogne, tit. *des mainmortes*, art. 17, de Chaumont, art. 3, et de Troyes, art. 5, aux parents successibles pour les mettre à l'abri de l'exercice du droit d'*échute*. Cette faveur était exprimée par Loysel en ces termes : « Un seul enfant estant en celle (*cella*) requeust la mainmorte. » On lui donnait le nom de *droit de rappel*. Cela signifiait qu'il suffisait de la présence d'un seul successible à un degré convenable ayant vécu en communauté avec le défunt pour rappeler à sa succession ceux qui avaient cessé la vie commune et qui étaient parents à un degré plus éloigné que lui. En ce cas, le seigneur perdait tous ses droits successifs et la succession du mainmortable se partageait entre tous les successibles, qu'ils aient vécu ou non en communion avec le décédé. Le droit de rappel était contraire à la règle adoptée par les anciennes coutumes de Paris, telles que nous les fait connaître la décision 236e de Jean des Mares. L'enfant de condition franche qui était en puissance paternelle et qui vivait dans la maison de son père, ne partageait point la succession de celui-ci avec ses frères qui avaient été émancipés et étaient *hors de celle*. En Bourgogne, que les parents fussent francs ou mainmortables, dès que l'un d'eux était resté dans la communion du défunt, ils arrivaient tous à sa succession, même par représentation, pourvu qu'ils fussent à un degré successible, et au fur et à mesure de leur degré.

La seconde condition nécessaire pour exclure le seigneur de l'hérédité du mainmortable était la communauté de biens. Cela devait s'entendre d'une communauté uni-

verselle, et non d'une communauté réduite à quelques biens particuliers (1). Mais il importait peu qu'en la contractant, les communiers aient stipulé des parts inégales pour le cas de dissolution. La communion n'en subsistait pas moins.

Enfin, la troisième était la qualité de successible du *de cujus*. Le mainmortable qui avait vécu en communauté avec celui-ci n'aurait pas été habile à lui succéder, s'il n'avait été son parent au degré successible le plus prochain. Lorsque le parent le plus rapproché du défunt n'avait pas demeuré avec lui ou n'avait pas été admis à jouir de la communauté universelle de ses biens, il était incapable de recueillir sa succession, mais ceux qui le suivaient immédiatement dans l'ordre de la parenté et qui réunissaient d'ailleurs les conditions indiquées plus haut excluaient le seigneur de l'hérédité. *Proximus est quem nemo antecedit.* Il fallait être successible *de droit*, c'est-à-dire que le mari ne pouvait recueillir la succession de sa femme, ni celle-ci l'héritage de son mari; le petit fils n'héritait pas, si le fils vivait encore, mais hors de la communion de son père; le mainmortable qui, sans être successible de droit, avait été admis en communauté avec un autre serf, à la condition de recueillir sa succession, n'excluait pas le seigneur de l'échute. Mais le père en communion avec son fils, qui devait cependant, d'après la coutume bourguignonne, ne succéder qu'aux meubles et aux acquêts de son fils décédé sans enfants, pouvait, à défaut de collatéraux communiers, prendre tous les immeubles laissés par lui, de préférence au seigneur de la mainmorte. On admettait même que l'*affilié* par mariage était un successible de droit, préférable au seigneur (2). Au surplus, la faveur que l'on accordait par là aux parents du

(1) Chasseneuz, sur l'art. 13 du tit. IX de la *cout. de Bourgogne.*

(2) Bannelier, sur Davot, t. I, p. 120; Guiot, *sur la cout. de la Marche*, art. 168.

serf était moins grande, en réalité, qu'en apparence. En effet, le droit du seigneur était seulement suspendu jusqu'à la mort de ces parents. Jusque là le seigneur n'avait aucun intérêt à reprendre la terre, puisque la communauté de serfs qui continuait à subsister la cultivait comme auparavant.

L'échute suivait le mainmortable partout où il s'établissait ou acquérait des biens. Les acquisitions qu'il faisait en dehors du lieu de la mainmorte étaient censées faites au profit de son seigneur. On n'exceptait pas même de l'échute les biens situés dans les villes qui prétendaient avoir le privilége d'être franches, c'est-à-dire d'affranchir de toute obligation servile les immeubles situés dans leur enceinte ou leur banlieue. Il en fut ainsi jusqu'à l'édit d'août 1779.

On a vu par ce qui précède que, dans les pays les plus obstinément attachés au servage, celui-ci s'était insensiblement transformé et d'un lien personnel imposé à l'homme était le plus souvent devenu une simple condition de la terre, une servitude et comme une dégradation de la propriété. Il nous reste à rechercher les traces de ce progrès législatif dans la situation matérielle et sociale du serf, à en étudier les résultats non seulement en théorie, mais dans le vif des faits économiques, car la prospérité d'un peuple se lie toujours étroitement à sa liberté.

Que possédait donc et comment vivait le serf? A en croire certains historiens, jusqu'aux derniers temps de la monarchie absolue, la condition servile réduisait le paysan à la bestialité. On se rappelle « ces animaux farouches, décrits par La Bruyère, répandus dans la campagne, noirs, livides, et tout brûlés par le soleil, attachés à la terre qu'ils fouillent et qu'ils remuent avec une opiniatrêté invincible... ; » écrasés par la taille, foulés aux pieds par leurs maitres, épuisés par les maladies, les privations et la misère, fauchés en masse par la peste et la famine,

leur sort est pire que celui des ilotes grecs ; ce sont des naufragés de la vie, que la vague a jetés sur une côte aride, sans vivres, sans toit, sans vêtements. A entendre d'autres historiens au contraire, le servage n'était pas une oppression, mais un *asseurement;* il garantissait la sécurité de l'existence au lieu de la menacer ; il protégeait le laboureur et son champ contre les violences et les rapines extérieures ; mieux valait être le *taillable* d'un baron féodal que l'ouvrier d'un manufacturier moderne. Devant des assertions aussi contradictoires, comment découvrir la vérité ? Elle est précisément entre les deux : *in medio stat virtus*.

1789 n'a pas créé la petite propriété rurale, il a achevé seulement de la libérer. Il n'a pas subitement livré le sol au mainmortable, il l'a consolidé entre ses mains. Si l'homme de mainmorte n'eût pas alors été propriétaire, s'il eût été un véritable serf, la révolution se serait faite en dehors de lui. L'histoire ne cite pas un seul exemple d'une révolution opérée par des esclaves. C'est parce qu'il possédait déjà beaucoup que le paysan du XVIIIe siècle ne voulut plus de maître. L'agriculture des temps féodaux était sans doute très-inférieure à celle de nos jours et, en général, n'assurait qu'un triste sort à ses ouvriers ; cependant ni la propriété, ni l'aisance elle-même n'étaient incompatibles avec le servage. Dès les XIIIe et XIVe siècles, on rencontre des mainmortables dont le mobilier agricole et les bestiaux faisaient l'envie des tenanciers libres. La progression constante des salaires libres n'était elle-même pas étrangère à la conquête d'un certain bien-être parmi les hommes de condition servile (1). Pour éviter de recourir à des bras mercenaires, les seigneurs

(1) En 1388 des chanoines de Normandie se plaignaient de ne pouvoir trouver pour labourer leurs champs « d'homme qui ne voulust gaignier plus que six serviteurs ne faisoient au commencement du siècle » (L. Delisle, *Etude sur la condition de la classe agricole en Normandie*, p. 26).

ménageaient leurs serfs (1). Par suite, ceux-ci s'enrichissaient et acquéraient parfois jusqu'à des objets de luxe, hanaps, gobelets, cuillers d'argent (2). Trois siècles plus tard, c'est mieux encore. Claude Haton compare l'habillement des gens de village à celui des bourgeois des villes. Une ordonnance de 1549 est obligée de défendre « à tous les paysans, gens de labeur et valets, s'ils ne sont aux princes, de porter pourpoincts de soye, ne chausse bandées ne bouffées de soye (3). » En 1576, les cahiers des villages du bailliage de Troyes demandent qu'on enjoigne aux vilains de « se gouverner selon leur état de laboureurs et de vignerons. » Mais ordonnances somptuaires ou protestations des Etats sont également impuissantes, et le même Haton déclare que les villageois sont « si riches et plainz de tous biens » que c'est une véritable noblesse, à voir au moins « leurs belles tables, leurs coffres bien forbis et reluisans. »

En même temps, les *meix* ruraux s'étendent et s'agrandissent, la terre se morcelle et se répartit entre ses cultivateurs de condition servile. Il est vrai qu'à trois reprises différentes, l'invasion anglaise, les guerres de religion, puis celles de Louis XIV viennent interrompre cette accession du serf à la propriété immobilière. Sous Louis XV même, l'insouciance et l'incurie administratives, l'accroissement des impôts, capitation, vingtièmes, aides,

(1) Beaumanoir avait bien compris qu'à cette condition seule les tailles pouvaient être productives, lorsqu'il conseillait aux seigneurs de laisser leurs hommes de corps vivre largement de ce qu'ils avaient acquis. « Et li seigneur meisme, dit-il, n'i font se gaagner non, car il en aquièrent plus volentiers, par quoi les mortemains et les formariages sunt plus grant quant il esquièrent. Et si dist-on un proverbe, que cil qui à une fois escorche, deus ne doit ne trois ne tant. » (Ch. XLV, n° 37).

(2) Luce. *Histoire de Du Guesclin*, t. I, p. 60.— Il n'est pas rare de rencontrer des bijoux de prix dans les inventaires dressés à la mort des serfs ou dans les actes de prêts sur gage qui leur sont faits. (V. Simonnet, *Documents inédits*, p. 246).

(3) *Anciennes lois françaises*, t. XIII, p. 103.

gabelles (1), les rigueurs des maltôtiers, la dépréciation constante de l'argent monnayé se joignent à de cruelles années de disette, pour arrêter de nouveau la marche du paysan vers le bien-être et celle de l'agriculture vers la fécondité (2). Mais ces calamités publiques n'empêchent pas le serf d'acquérir. En 1697, Boisguilbert et, vers 1750, Forbonnais constatent qu'un très grand nombre de nobles réduits à la pauvreté ont vendu leurs terres au petit cultivateur, souvent pour le montant de la taille (3). « Les journaliers, dit l'abbé de St-Pierre en 1738, ont presque tous un jardin ou quelque morceau de vigne ou de terre. » En 1789, Arthur Young estime au tiers du royaume les petites propriétés rurales, que Necker évalue d'un seul mot : « Il y en a une immensité. » Plusieurs années auparavant, Lady Montague et Horace Valpole, en 1739 et en 1765, avaient déjà remarqué que les villages autrefois désolés par la guerre étaient repeuplés, que le paysan était robuste, en santé, qu'il avait de bons habits, du linge propre, et qu'il habitait d'*honnêtes* maisons. Ce qu'ils observent aussi, c'est que la condition des *ruraux*, même de ceux là qui sont encore soumis à la mainmorte, est très peu différente de celle des petits citadins, qu'elle leur laisse avec plus de labeur, il est vrai, plus de gaîté,

(1) Cet accroissement portait surtout sur les impôts indirects et accessoires. En 1715, la taille et la capitation payées par les roturiers étaient de 66 millions ; en 1759, elles s'élevaient à 93. Cependant, d'après Vauban lui-même, le taux de la taille royale ne dépassait pas 5 0/0 du revenu des contribuables.

(2) Taine, *Origines de la France contemporaine, l'ancien régime*, liv. v, ch. Ier. Comparez la peinture faite à cette époque par D'Argenson, St-Simon, le père de Mirabeau, à celle que trace en 1658 Mlle de Montpensier du paysan de la Dombe, qui « *est bien vêtu et mange quatre fois le jour de la viande.* »

(3) « J'aime mieux, disait Dreux du Radier en 1747, le sort du laboureur que celui du petit écuyer, seigneur d'une petite métairie délabrée, qui nourrit avec peine et aux dépens de ses créanciers une femme et quelques enfants. » (*Récréations historiques*, t. II, p. 94).

d'aisance et de liberté morale. A ce moment, il ne subsiste de l'antique servage qu'un squelette, un nom presque dépouillé de sens, si ce n'est peut-être pour la chicane, une ombre qui se décolore et dont les contours, autrefois si nettement accusés, se dégradent de plus en plus. Seules, la taille abonnée, les redevances stipulées au moyen-âge le rappellent encore au souvenir des paysans : mais à part la « géline » et le bichet de blé ou d'avoine dûs en nature d'après les terriers, quelle valeur réelle une cense fixée en argent au XIII[e] ou au XIV[e] siècle, réduite même par des transactions ultérieures, a-t-elle encore au XVIII[e] ? De plus, par un phénomène bizarre, l'autorité, la surveillance administrative se font moins sentir à la campagne qu'à la ville : le valet du noble, l'artisan de la cité lui-même, d'origine franche, sont en réalité moins libres, ils sont soumis à une dépendance plus étroite que le fils des anciens serfs, le descendant des mainmortables, qui vit modestement de sa charrue dans le paisible oubli des champs. C'est l'inverse de ce qui s'était produit sous la féodalité : la liberté a émigré en partie des villes qui l'ont communiquée au dehors; celles-ci ont retenu, développé même les droits civils de leurs habitants, mais elles n'ont pas accru leur prospérité, elles ont perdu la meilleure part de leurs franchises et leur indépendance municipale.

§ III. *Comment le servage prenait fin*

Le servage et la mainmorte pouvaient cesser de plusieurs manières : par affranchissement ou consentement du seigneur, par mariage, par résidence dans un lieu franc, par désaveu et, en quelques lieux par prescription.

A. *Affranchissement.* — Le serf devenait franc, *ingénu*, par le consentement de son seigneur, en obtenant de lui sa liberté, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Il en était de même de l'homme soumis à un droit de main-

morte réel ; les héritages mainmortables possédés par des personnes libres pouvaient être également affranchis par cette voie. L'affranchissement individuel était peut-être le moins onéreux pour le seigneur, quand il se bornait à la personne. En effet, la terre ne cessait pas d'être mainmortable, et tous les hommes qui venaient s'y établir devenant par là même hommes de mainmorte, le seigneur recouvrait sur eux tous les droits qu'il avait abdiqués sur leurs prédécesseurs.

De toutes les sources de la liberté, l'affranchissement a été la plus abondante. Il pouvait être général ou particulier, c'est-à-dire s'appliquer à tous les habitants d'un territoire ou à une personne, une famille, un hameau, un fonds de terre ; indéfini ou limité et conditionnel. C'est même sous cette dernière forme restreinte que le servage primitif est devenu sur certains points la mainmorte.

Il est inutile de citer ici les nombreux exemples de manumissions, générales ou isolées, qui se produisirent dès les premières années du moyen-âge. Mais il importe de rappeler que la royauté fut la première à en donner le signal, non seulement en ce qui concerne la servitude proprement dite, mais même en ce qui concerne la mainmorte. C'est dans le domaine de la couronne que celle-ci fut touchée la première. Son abolition eut lieu dans l'Orléanais en 1147 (1). Une fois entrée dans cette voie libérale, la monarchie ne s'arrêta plus, moins par pure générosité que par habile et sage politique. Elle voulut que ses propres sujets pussent s'écrier comme le comte

(1) Louis VI avait déjà promis aux bourgeois d'Orléans qu'on ne rechercherait pas la mainmorte au-delà de sept ans ; mais Louis VII transforma cette faveur limitée en un affranchissement complet. « Nous, pour la pitié de celui qui ot pitié de son peuple, oye pitié de nos hommes d'Orléans... où ge avoie le plus... la mainmorte... Et octroiasmes que cette coutume (de mainmorte) ne par nous ne par nos successeurs doresenavant ne sera demandée. » Même abolition eut lieu à Bourges en 1181.

de Sancerre en parlant de la coutume de Lorris : « Nous vivons sous une loi royale et libre, *regias et liberas consuetudines.* » Quand Louis le Hutin vint déclarer dans ses lettres de 1315 que son royaume était celui des *Francs* et que que la chose devait être « en vérité accordant au nom, » lorsqu'il affranchit tous les serfs de son domaine privé, qu'ils le fussent « de ourine (origine), ou ancienneté, ou de nouvel par mariage, ou par résidence de lieus de servè condition, » à la charge de lui payer une indemnité, il ne fit que consacrer, par une mesure d'ensemble, une règle déjà appliquée en détail depuis deux siècles par ses prédécesseurs, notamment par Louis VIII, la reine Blanche, St Louis et Philippe-le-Bel (1). On a dit que les seigneurs qu'il exhortait à suivre son exemple se gardèrent bien de l'imiter : c'est une erreur. Nombre d'entre eux se firent libéraux par intérêt (2). Comme le roi, ils mirent en vente la liberté. Quelques-uns même s'en montrèrent si prodigues qu'un jour la marchandise se trouva décriée et que l'on fut obligé de contraindre les serfs à l'accepter. Louis X avait ordonné à ses baillis d'affranchir de force ceux qui se refuseraient à devenir libres et de leur faire payer de grosses amendes. On vit alors un curieux spectacle. Sous la République romaine, les esclaves avaient pris les armes pour briser leurs fers. En France, les serfs se soulevèrent pour les conserver. On n'hésita point : le roi et les seigneurs les taillèrent en pièces.

De son côté, le clergé prêchait hautement la doctrine de l'émancipation ; il faisait mieux, il la mettait en pratique (3). Dès 1162, conformément à la décision rendue

(1) Ordonnance de 1298, relative aux sénéchaussées de Toulouse et d'Albi.

(2) Dès 1157, les habitants de Creil avaient été affranchis par les comtes de Blois et de Clermont.

(3) En 1253 et 1255, l'église Notre-Dame-de-Paris donna gratuitement la liberté à un grand nombre de ses serfs (*Cartulaire de Paris*, t. III, p. 467). En 1259, l'abbaye de Saint-Germain-des-

par le pape Alexandre III, qui condamna en plein concile la servitude comme attentatoire à la dignité du chrétien, l'abbé Suger avait déclaré la mainmorte une coutume détestable, *exactio consuetudinis pessima.* S'il est manifeste qu'au moment de la rédaction des coutumes, les églises et les abbayes surtout possédaient encore des mainmortables, il est non moins certain que la plupart d'entre elles en avaient déjà affranchi le plus grand nombre ou du moins singulièrement adouci leur condition, par charité d'abord, puis peut-être par calcul, afin d'accroître le chiffre de leurs tenanciers. Les serfs du Mont-Jura, qui remplirent en 1789 la France de leurs protestations, ne formaient qu'une tache isolée sur la carte de la liberté : le chapitre de St-Claude, hautement désavoué d'ailleurs par son évêque, fit seul exception à l'œuvre libératrice du clergé.

En général, l'affranchi était frappé d'une redevance fixe qu'il devait payer en argent, en nature ou même en corvées à son seigneur (1). Quand le serf dépendait d'un fief, son affranchissement avait pour effet d'*abréger* le fief, d'en diminuer la valeur par la suppression du droit d'*échute* et du cens arbitraire : aussi fallait-il pour rendre

Prés émancipa les serfs de Crosne, de Villeneuve-Saint-Georges, d'Issy, de Choisy, etc., en leur remettant expressément la servitude de corps. (Dubreuil, *Antiquités de Paris*, p. 364). En 1270, 1273, 1281, 1370, le chapitre de Notre-Dame compléta sa grande œuvre des affranchissements. En 1241, le pape Grégoire IX autorise l'abbé de Flavigny en Bourgogne à affranchir de la mainmorte les sujets du couvent. Ces actes libératoires n'étaient pas cependant toujours gratuits. En 1250, le faubourg de Saint-Germain-des-Prés paye sa franchise 200 liv. parisis. En 1323, l'abbaye de Saint-Seine, en Bourgogne, relève ses hommes de la mainmorte moyennant 6000 liv. tournois (50.580 fr. de notre monnaie actuelle) et une taille annuelle de 4 liv. par héritage d'une valeur de 80 liv.

(1) Dans un grand nombre d'actes d'affranchissement, on voit le seigneur retenir *census, redditus, corveias, redibitiones et omnes alias consuetudines priùs debitas* (*Cartulaire de Notre-Dame-de-Paris*, préface, p. CXCVIII). Le serf affranchi restait taillable, quoiqu'on ajoutât à cette énumération une phrase empruntée au droit romain : *non causa onerandæ libertatis.*

la mesure parfaite obtenir le consentement du suzerain qui s'adressait lui-même au seigneur supérieur, jusqu'au roi (1). En conséquence, on devait payer une finance à chacun de ceux dont l'assentiment était requis, parce que, sans cette autorisation, le serf affranchi, perdu pour l'affranchissant, retombait sous la puissance du seigneur supérieur. On comprend que les mainmortables aient souvent repoussé une faveur onéreuse, et qu'ils y aient renoncé plutôt que de la payer. Je n'en citerai que deux exemples. Dans le plus fort de ses luttes contre Charles-Quint, François Ier dont le trésor était à sec, s'avisa de publier en mars 1543 (1544 n. s.) un édit qui abolissait la mainmorte dans le domaine royal en Bourgogne. Mais les serfs imposés au paiement du dixième de la valeur de leurs biens, préférèrent leur servitude à une franchise si coûteuse, à laquelle s'opposa d'ailleurs la chambre des comptes de Dijon et, l'année suivante, au mois de février 1544-1545, la mesure fut rapportée. Quelques années après, en novembre 1552, Henri II affranchit de la tailliabilité et de la mainmorte tous ses sujets du Dauphiné, de Bresse, de Savoie, du Bugey et du Valromey, moyennant une finance dont la quotité et la répartition durent être déterminées par des commissaires spéciaux, mesure qui fut appliquée au duché de Bourgogne en 1554. Les taillables de Bresse, du Bugey, du Valromey et du pays de Gex ne parurent pas goûter beaucoup la libéralité royale, car la mainmorte continua de subsister chez eux sous le nom de *taille* jusqu'à la fin du XVIIIe siècle et ne disparut définitivement qu'en Dauphiné. — Louis XVI fut plus généreux. Son édit du 8 août 1779 abolit définitivement le droit de mainmorte et ses accessoires dans toutes les terres du domaine royal, y compris celles qui étaient tenues par

(1) *Etablissements de Saint-Louis*, liv. II, ch. XXXIV ; *li droict et lis coustumes de Champaigne*, art. 17 ; *cout.* de Meaux, art. 158 ; de Vitry, art. 39, 140, de Beauvoisis, ch. XLV.

engagement, sans exiger d'autre indemnité qu'un sou par arpent (1). De plus l'ordonnance du 27 juin 1787 supprima la corvée. Mais il ne se crut pas autorisé, sans doute par l'état des finances publiques, à affranchir de ce droit les serfs particuliers des seigneurs, bien qu'un arrêt célèbre du Parlement de Paris eût décidé en 1571, dans une espèce spéciale à la Bourgogne et en vertu de l'édit de 1554, qu'il avait ce pouvoir, à la charge d'indemniser ces derniers. Il se borna à supprimer le droit de *poursuite* qui leur appartenait encore sur quelques points. L'Assemblée constituante fut plus hardie : elle proclama la liberté, mais ne la racheta point (2). La loi du 25 août 1792 alla même plus loin : elle fit disparaître jusqu'aux actes d'affranchissement eux-mêmes, qu'elle déclara rétroactivement révoqués et annulés, et elle supprima sans indemnité toutes les redevances qu'ils avaient stipulées.

B. *Mariage*. — La femme mainmortable qui épousait un franc devenait libre comme lui (3). Mais si elle retournait au lieu de mainmorte et y résidait comme les autres habitants, elle retombait dans le servage. Les enfants, nés francs, conservaient leur franchise, à moins qu'ils ne tinssent feu et lieu dans la mainmorte.

C. *Résidence dans un pays franc*. — Nous avons vu précédemment, en étudiant la bourgeoisie, que, dès les premiers temps du régime féodal, le serf pouvait acquérir

(1) *Recueil des édits*, 1779, p. 41.

(2) D'après un livre de M. Clerget, curé d'Ornans en Franche-Comté, cité dans le procès-verbal de l'Assemblée nationale du 7 août 1789, il y aurait eu encore, à cette époque, 1.500,000 français soumis à la mainmorte. Mais ce chiffre, dénué de toute justification, paraît fort exagéré. Les provinces qui en comptaient encore se réduisaient à la Franche-Comté, au Nivernais, au duché de Bourgogne, au Bourbonnais et à la Marche. Un très grand nombre de seigneurs avaient même dans ces pays suivi l'exemple du roi et proposé le rachat de la mainmorte à leurs serfs. — Quant au domaine royal en Bourgogne, il ne comptait en 1695 qu'une seule communauté de mainmortables, celle de Vesvres.

(3) *Cout. de Bourgogne*, tit. IX, art. 7.

la liberté en se fixant dans certains lieux francs et en y résidant un an et un jour. C'était un privilége accordé à quelques villes ou bourgs, mais qui demeura toujours exceptionnel (1). Depuis l'ordonnance de 1287, qui défendit aux villes de commune de recevoir les hommes de condition servile qui chercheraient asile dans leurs murs, cette faveur devint de plus en plus rare, et les jurisconsultes se refusèrent, en général, jusqu'au XVIII[e] siècle à admettre ce mode d'acquisition de la liberté (2). Il était cependant un cas où la résidence opérait cet effet. C'était celui où une femme libre, mariée à un homme de mainmorte, et par conséquent réputée mainmortable pendant l'existence de son mari, quittait, après son veuvage, le lieu de mainmorte et allait se fixer sur un territoire franc. Si, dans le délai d'un an et jour, elle délaissait au seigneur les héritages mainmortables de son époux, elle reprenait sa condition primitive, elle cessait d'être serve.

D. *Désaveu.* — Le désaveu était un mode déguisé d'affranchissement. L'homme franc, justiciable d'un seigneur, pouvait échapper à la juridiction de ce seigneur en s'avouant bourgeois du roi. Le vassal pouvait s'affranchir des devoirs féodaux en abandonnant le fief. De même, dans les pays de mainmorte, en Bourgogne et dans la Marche (3), le

(1) Il était consacré notamment par la charte d'Auxerre, ch. 26, par les titres de la ville d'Annecy en Savoie, par l'ancienne *Kora* de Nieuport en Belgique, ch. 10, par la coutume de Fribourg, etc. Bourges en jouissait pour les serfs du Berry. Les villes de Toulouse, Chambéry, Dun-le-Roi prétendaient le posséder, mais sans titres authentiques. Un arrêt le reconnut aussi en faveur de Rome, « mère des citoyens romains. »

(2) V. Coquille, *Instit.*, tit. *des servit. personn.*; Bouhier, t. II, p. 907 ; Brussel, *Usage général des fiefs*, p. 914. — *Contrà*, Chasseneuz, *in consuet. Burg.*, rubr. 9, § 2.

(3) Dans la première période du droit féodal, les serfs de corps et de poursuite ne pouvaient désavouer leur seigneur, à moins que celui-ci ne leur refusât des aliments (*Anc. cout. de Bourgogne*, art. 119). D'après la coutume du Beauvoisis, il en était ainsi, même pour le serf d'héritage. Mais l'usage contraire prévalut plus

serf avait la faculté de s'exonérer du servage en désavouant son seigneur et en lui délaissant la terre servile qu'il détenait sous lui. Mais ce désaveu, destiné par la coutume à tempérer la rigueur de la mainmorte, était entouré de formalités et de conditions fort rigoureuses elles-mêmes, qui en restreignaient l'exercice. Il n'était valable que lorsqu'il était fait par le mainmortable en personne, à moins que celui-ci fût impubère; il devait être fait à la personne du seigneur, soit à celle de son tuteur, s'il était mineur ou en démence, soit à celle d'un de ses officiers, juge châtelain ou greffier, du lieu de la mainmorte, s'il était impossible de rencontrer le seigneur dans l'étendue du bailliage. Il devait être notifié en présence d'un sergent royal accompagné de recors et muni d'un mandement de justice, dont copie était attachée à la porte du château seigneurial. Enfin, en désavouant son seigneur, le mainmortable était obligé d'abandonner au baron qu'il désavouait tous les biens, meubles et immeubles, qu'il possédait dans le lieu de la mainmorte, lorsque celle-ci était personnelle ou mixte, et ses immeubles seulement, lorsqu'elle était réelle (1). Il conservait d'ailleurs les biens qui lui appartenaient en pays franc. A défaut de l'accomplissement d'une seule de ces conditions, le désaveu n'avait aucune valeur. Un jurisconsulte rapporte à ce sujet qu'un mainmortable étant venu sur un cheval de prix faire son désaveu au château de son seigneur, celui-ci le contraignit à lui laisser sa monture et à s'en retourner à pied, sous peine de voir

tard en Bourgogne et dans le comté de la Marche. Le seigneur avait un an et un jour, à partir du désaveu, pour réclamer son homme de poursuite (Ord. de mai 1315).

(1) V. *Cout.* du duché de Bourgogne, art. 95; *anc. cout.* de ce pays, art. 116, 119, 153, 154; de la Marche, art. 147. — Dans le comté de Bourgogne, la coutume se contentait, outre l'abandon de la terre servile, du délaissement du tiers des meubles du mainmortable, quand le seigneur avait provoqué le désaveu, et des deux tiers, en cas contraire (Art. 4).

annuler sa déclaration. On n'exceptait de l'abandon que les habits portés par le désavouant au moment de la cérémonie.

Afin d'échapper à ce dépouillement de tous leurs biens meubles ou immeubles, les serfs vendaient d'ordinaire ces biens avant le désaveu et en achetaient d'autres en lieu franc. Aussi que de procès suscitaient ces ventes faites pour la plupart à une époque voisine du désaveu et qui étaient entachées de fraude ! La justice cassait alors et l'aliénation et le désaveu lui-même ; mais sa sévérité n'arrêtait personne (1).

Pour prévenir ou retarder les désaveux, les seigneurs usaient de leur côté de tous les moyens propres à lasser la patience ou à engager les intérêts de leurs mainmortables. Ils s'enfuyaient précipitamment de leurs châteaux à l'approche des désavouants (2). D'autres fois, mieux avisés, ils exigeaient de leurs mainmortables l'engagement sous serment de ne pas les désavouer, ce qui avait pour résultat de transformer la servitude réelle en une servitude personnelle. Ces actes étaient évidemment nuls : plus tard les jurisconsultes le déclaraient expressément (3). Mais, au XIVe siècle, on se préoccupait

(1) Bannelier sur Davot, t. I, p. 183.

(2) En 1391, deux frères, serfs du prieuré de St-Sauveur, désirant désavouer le prieur et devenir bourgeois de Dijon, se transportent au monastère et n'y trouvent qu'une servante. — « Où est monsieur le prieur ? — Je ne sais où il est, répond la fille. — Où sont les moines ? — Les moines de céans ne sont pas céans ; ils sont allés à Bèze, voir la fête du St-Sépulcre ; il n'y a ici qu'un chapelain qui est à la taverne et le gouverneur de la justice du prieuré. » Les deux frères, fort embarrassés, notifient alors leur désaveu à la servante, puis renouvellent la formalité devant le maître-autel de l'église, en ayant soin de sonner les cloches. « pour signe qu'ils ne faisoient leur fait caichement en secret » ; de là ils se transportent à la taverne afin de trouver le gouverneur de la justice, enfin sous la croix du prieuré, où ils répètent la même formule. Le lendemain, ils parcourent les environs pour rechercher les moines et finissent par en rencontrer deux qui reçoivent leur signification (Simonnet, *documents inédits*, p. 193).

(3) Dunod, *Traité de la mainmorte*, p. 212.

de la légalité moins qu'au XVIIIe. La renonciation à la faculté de désaveu était soumise à une clause pénale. Si le serf violait sa promesse, il s'engageait d'avance à payer à son seigneur une certaine somme, ou même à lui abandonner tous ses biens. De telles promesses étaient encore nulles, puisque le désaveu avait précisément pour effet de transporter au seigneur la propriété entière des meubles ou immeubles de son mainmortable. Mais celui-ci s'engageait en outre à ne pas faire passer ses biens dans une autre seigneurie, par conséquent à ne pas aliéner son héritage, afin d'en toucher le prix qu'il eût ensuite dissimulé, et, ici, sa promesse était plus sérieuse, car on pouvait veiller à ce qu'elle fût tenue.

Chose étrange ! il arrivait quelquefois que le désaveu était fait par le seigneur, non par le serf, qu'il était au moins provoqué par lui (1). Mais ces exemples de libéralité seigneuriale étaient rares, et il ne faudrait pas en conclure que les barons du XIVe siècle allaient d'ordinaire au devant des demandes de liberté. Ce qui est plus exact, c'est qu'à cette époque beaucoup de désavouants, revenus des illusions qu'ils avaient entretenues pendant leur servitude, rétractaient peu à peu leur désaveu et suppliaient leurs anciens seigneurs de leur rendre, en échange d'une redevance un peu plus lourde, les maigres arpents de terre dont ils s'étaient follement séparés.

E. *Prescription.* — J'ai dit plus haut qu'au XIIIe siècle le serf qui entrait dans les ordres sacrés et y restait dix

(1) Un noble bourguignon, le sire de Baissey, offre, en 1376, dix fr. d'or à son mainmortable, à la condition qu'il quittera ses domaines et qu'il vendra dans un an toutes ses propriétés, à l'exception de ses maisons. Le sire de Baissey s'adressait sans doute à un plaideur insupportable, dont il voulait se débarrasser, car il lui dit : « Je te donrai dix fr. dour et de pois, pour tel condition que tu ne seras plus mes homs, ne demourras en ma justisse, ne auras affaire en ma court. » L'autre accepte, bien entendu, en disant : grand merci, et abandonne même au seigneur sa récolte de froment (Simonnet, *op. cit.*, p. 215).

années au su de son maître ne pouvait plus être réclamé par lui. C'était donc une manière de prescrire la liberté. La coutume de Vitry admettait même, sauf dans le cas où le serf serait fugitif, une prescription générale de vingt ans, pourvu qu'il y ait eu contradiction et interversion du droit du seigneur, et Coquille, sur celle du Nivernais, ch. VIII, art. 6, reconnaissait que le serf demeuré pendant trente ans en lieu franc et « en quasi possession de liberté » devenait libre après ce délai. D'après celle de Châtillon en Touraine, le serf qui séjournait un an et un jour dans une châtellenie autre que celle de son seigneur, sans être inquiété par celui-ci, devenait franc et « de libère condition. » Mais ces dispositions étaient exceptionnelles. Les coutumes du Bourbonnais, du duché et du comté de Bourgogne, de Troyes, repoussaient la prescription comme moyen d'exonérer du servage (1). Tout au plus, sous l'empire de celles qui ne faisaient pas une réserve pour le cas où il y aurait eu un titre, admettait-on la prescription centenaire comme équivalant à ce titre (2).

CHAPITRE V

JUIFS, LOMBARDS ET PROTESTANTS.

§ I. *Juifs*

Le caractère singulier de la race israélite, depuis sa dispersion, c'est qu'elle a traversé les peuples sans perdre son originalité, c'est qu'elle s'est prêtée à tous, sans se

(1) *Cout.* du Bourbonnais; art. 25; du duché de Bourgogne, tit. IX, art. 2; Dunod. *des prescriptions*, part. II, ch. VII, p. 159 : d'Argentré, *sur la cout. de Bretagne*, § 56, not. 6; Legrand, *sur Troyes*, § 158, gl. 4, n° 6.

(2) Bouhier, t. II, p. 913.

donner à aucun. Errante et privée de patrie, elle a résisté à toutes les modifications de climat, de politique, de législation, de vie sociale, de vie intellectuelle même; elle a affirmé non seulement la permanence des races, mais aussi l'éternité de la sentence divine rendue contre elle.

A la suite de la destruction de Jérusalem, les Juifs n'avaient pas été seulement dispersés, mais ils avaient été réduits en captivité et jetés en cet état dans les Gaules par groupes considérables. La Narbonnaise, la Celtique, l'Aquitaine, avaient des Israélites plus de cent ans avant l'ère chrétienne. Le Dauphiné en possédait aussi dans les premiers siècles de l'Eglise. Une lettre du pape Victor défend, au IIe siècle, à l'évêque de Vienne de célébrer la Pâque avec eux, et Grégoire de Tours donne à Marseille l'épithète d'*hebrœa*, pour indiquer le grand nombre de Juifs qui y avaient fixé leur demeure (1).

Malgré la différence de leur culte, ces descendants d'Abraham furent souvent confondus avec les chrétiens et enveloppés avec eux dans les mêmes persécutions par les empereurs romains. Décius, Valérien, Dioclétien les envoyèrent au bûcher sans les distinguer des disciples de Jésus-Christ. Cette communauté de proscription ne les réhabilita point aux yeux de ces derniers. Les législateurs d'origine germanique, convertis à la foi chrétienne, les traitèrent presque comme des réprouvés. Des pénalités spéciales furent édictées contre eux en cas de délits commis à l'égard des membres de la communion catholique. D'après la loi burgonde, le juif qui frappait un chrétien devait avoir la main coupée ou payer une amende de douze *solidi*, et donner, à titre d'indemnité, à l'offensé une somme de 75 sous (2). Cependant le droit

(1) Bédarride, *les Juifs en France*, p. 29.

(2) *Lex Burg.*, *add. prim.*, tit. XV.

commun ne punissait le coupable d'une autre religion, dans un cas semblable, que d'une amende de six *solidi* et d'un seu de dommages et intérêts par coup (1). Le malfaiteur même qui avait cassé une jambe et un bras ne payait à sa victime qu'une indemnité de 15 sous, outre l'amende (2).

Ces pénalités ne supposaient pas toutefois que les Israélites fussent placés, au point de vue de l'existence civile, en dehors du droit commun. Les conciles de la période mérovingienne furent les premiers à les frapper de certaines incapacités : celui de Vannes, en 465, traça une ligne de démarcation entre eux et les chrétiens ; celui de Mâcon, de 581, leur défendit de posséder des esclaves chrétiens, qui durent, à partir de cette époque, être rachetés moyennant la somme de 12 sous. C'était un emprunt fait à la législation de Justinien. Cette disposition fut renouvelée beaucoup plus tard, en 1230, par une ordonnance conservée dans les *Olim*, et qui défendit aux Juifs d'avoir non seulement des esclaves, mais de simples serviteurs chrétiens, de l'un et l'autre sexe. Un autre concile, tenu dans la même ville, leur interdit d'exercer aucune magistrature qui les constituât juges des chrétiens et de percevoir aucun impôt (3). Il leur était donc licite jusqu'à ce moment de remplir des fonctions publiques. Malgré la protection de Charlemagne et de Louis-le-Débonnaire qui leur reconnut le droit d'acheter des esclaves, malgré Charles-le-Chauve, qui avait pour médecin un juif et les assimilait aux français libres, ces proscriptions furent maintenues par le concile de Meaux en 845, et plus les années s'écoulèrent, plus leur incapacité se développa. Il semble que l'exécration populaire qui les poursuivait

(1) *Lex Burg.*, tit. v.
(2) *Lex Burg.*, *add. prim.*, t. i, xi.
(3) Bédarride, p. 43.

dans tous les pays, chrétiens ou non, grandissait à mesure que l'on s'éloignait de la faute nationale qui imprimait un stigmate de honte au front de tous les descendants des pharisiens; nul n'avait perdu la mémoire de leur grande et irréparable trahison. A Toulouse, au XIe siècle, chaque vendredi-saint, ils étaient obligés d'envoyer l'un d'eux à la porte de la cathédrale pour y recevoir publiquement un soufflet. A Béziers, on les poursuivait à coups de pierres du dimanche des Rameaux au jour de Pâques, et cet usage étrange dura plusieurs siècles : *lapidationis bellum*, dit l'évêque qui l'abolit en 1160, *quod jure vel injuriâ solebant christiani... facere.*

Quand la féodalité se constitue, elle ne les classe dans aucune caste sociale, elle les exclut de toutes, si ce n'est de celle des serfs, elle ne les élève pas même au rang de simples roturiers. Jusqu'alors ils jouissaient d'une certaine tolérance, sinon d'une certaine liberté. Les seigneurs les considèrent désormais comme des épaves; ils s'efforcent, vers la fin du XIIe siècle, de les rendre patrimoniaux. Le juif ne fut plus libre de transférer son domicile hors de la baronnie dans laquelle il s'était fixé; sa personne et ses biens furent assujetis au droit de suite (1). « *Prestant ou*

(1) En 1197, le duc de Bourgogne fait donation à un particulier d'un juif et de sa famille, comme il aurait donné un serf ou une tête de bétail. (Pérard, *Recueil pour servir à l'hist. de Bourgogne*, p. 338). L'année précédente, il avait abandonné tous les Israélites qu'il possédait à Dijon à la commune de cette ville, en échange d'un village voisin. Cet abandon était considérable, car les Juifs ne pouvaient exercer une industrie quelconque sans payer au duc une redevance très forte, que perçut désormais la commune, autorisée en outre à attirer et à recevoir chez elle des individus de la même religion. En 1232, le duc Hugues IV les céda de même à cette ville, mais sans renoncer à exercer sur eux son droit de patronage et à la condition qu'ils participeraient aux franchises communales. (Garnier, t. I, p. 27, 43). En général pourtant, sauf dans le cas de stipulations contraires, les Juifs n'étaient point admis à jouir des privilèges accordés aux habitants d'une cité ou d'un bourg. On les exceptait même d'ordinaire, par une clause formelle, des chartes d'affranchissement. (V. celle de Seurre, en 1248; Garnier, t. II, p. 208).

non », il demeurait la chose du seigneur, qui ne se fit pas faute de l'écorcher. Non seulement il lui fut défendu de quitter la terre seigneuriale sur laquelle cet éternel vagabond avait passagèrement planté sa tente et ouvert son comptoir, non seulement le baron avait le droit de le poursuivre partout où il se transporterait, et concluait avec ses voisins des conventions pour s'interdire réciproquement de le recevoir (1), mais, aux termes des *Etablissements de Saint-Louis*, ses meubles étaient la propriété du seigneur, qui ne les laissait entre ses mains que par tolérance, afin qu'ils pussent mieux fructifier (2). Auparavant, on lui défendait de posséder des biens-fonds; on lui contestait au moins, sous Saint-Louis, non seulement le droit d'acquérir des terres nobles, ce qui pouvait rigoureusement s'expliquer par sa condition, mais encore des héritages en roture. On le poussait ainsi à se livrer à ce trafic d'argent auquel il n'était pas nécessaire de l'exciter, à dissimuler sa fortune, à la mobiliser pour la rendre insaisissable. Son aisance lui était reprochée comme le produit de spoliations commises au préjudice des chrétiens; on le frappait d'impôts énormes, on l'emprisonnait, pour lui faire rendre gorge et rejeter dans le trésor royal ces richesses mal acquises que purifiait incontinent le contact d'une main orthodoxe. Ce qui se passa à cet égard en Angleterre peut donner une idée de ce qui se fit dans les autres pays. Le roi Jean, ayant besoin d'argent, établit une soi-disant chambre de justice qui jeta en prison tous les riches Juifs du royaume et ne leur rendit la liberté qu'après les avoir saignés à blanc. L'expression n'est pas une simple image. On les mit à la torture, pour les contraindre à révéler le lieu où ils avaient enfoui leurs trésors. L'un d'eux se fit arracher

(1) Edit de 1230 ; Brussel, *Usage gén. des fiefs*, p. 580.

(2) Liv. I, ch. 127. V. aussi Bracton, liv v, t. IV, ch. VI, § 6 ; Mathieu Paris, p. 521.

sept dents l'une après l'autre sans se trahir ; mais il donna mille marcs d'argent à la huitième. Henri III extorqua d'Aaron, israélite d'York, quatre mille marcs d'argent pour lui et deux mille pour la reine. Puis il vendit les autres Juifs anglais à son frère pour un certain nombre d'années, afin que celui-ci les achevât, *ut quos rex excoriaverat, comes evisceraret*, dit Mathieu Paris.

Est-il besoin d'ajouter que, sauf quelques exceptions individuelles, l'Eglise n'était ni la conseillère, ni la complice de ces iniquités ? Condamnées par un concile de Paris et par Pierre-le-Vénérable, elles sont hautement désapprouvées par St-Bernard (1). Peut-être même est-ce à son influence que les Juifs, très nombreux en Languedoc et en Bourgogne au XIII[e] siècle, durent la douceur relative avec laquelle ils y furent alors traités, ce qui leur fit rechercher avec la même ardeur la juridiction des grands feudataires de ces pays et celle des seigneurs ecclésiastiques. Grégoire IX les avait en effet pris sous sa protection et, par sa bulle de 1235, avait défendu de les soumettre à de mauvais traitements. Tandis qu'en France on leur contestait le droit d'acquérir jusqu'à des terres roturières, à Dijon ils possédaient des maisons, une synagogue, un cimetière, des vignes, à ce point que la messe se disait parfois avec du vin pressé par les Juifs (2). Le duc Robert II leur manifestait une certaine bienveillance dans

(1) *Historiens de la France*, t. XV, p. 605.

(2) *Id.* t. XIX, p. 497. — Sur la condition des Juifs et sur la grande tolérance dont ils étaient l'objet dans le comté de Toulouse, v. Saige, *Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, année 1878, p. 255. Dans cette contrée, jusqu'à leur expulsion sous Philippe-le-Bel, ils jouirent de droits et de prérogatives considérables, qui les mirent presque sur le pied d'égalité avec les chrétiens. Ainsi, non seulement ils y possédaient des biens-fonds en pleine propriété, mais encore ils exerçaient, malgré la réprobation populaire, les droits de seigneurs directs ou fonciers sur un grand nombre de terres. Cependant ils y étaient toujours soumis à l'obligation de porter sur leurs vêtements le signe distinctif de leur race, la roue de couleur.

son testament de 1302 : « Je vuel, dit-il, que, se je n'ay meillor consoil, le juif demouraint en ma terre principalement por humanité et qu'il marchandoit léaulment sans usure et vivent de lors labours, et vuel que desor en avant lon ne soit contrains payer à eux deu où il hait usure (1). »

Dans le reste de la France, on ne se contentait pas de piller les Juifs, de les mettre en prison, de les vendre, de les accuser de magie, de meurtre d'enfants nouveaux-nés, d'empoisonnement des fontaines ; on les chassait du royaume après les avoir dépouillés ; puis, comme leur éloignement privait le prince des lucratives épaves qu'il prélevait sur leurs biens, on les rappelait bientôt en leur offrant des concessions plus ou moins sincères qui leur étaient ensuite retirées dès que leurs fortunes rapidement acquises réveillaient, avec la haine du peuple, la convoitise des grands seigneurs. En même temps, on les distinguait des chrétiens par des marques apparentes, qu'avaient prescrites les conciles de Latran, en 1215, de Narbonne, en 1227, de Béziers, en 1246, d'Albi, en 1254 (2). Les ordonnances d'Alphonse de Poitiers, en 1269, de Philippe-le-Bel, en 1282 et 1283, leur enjoignaient, sous peine de dix livres d'amende et de la confiscation de leurs vêtements, de porter sur leurs habits, par devant et par derrière, une roue jaune de quatre doigts de circonférence (3).

Combien de fois furent-ils tour à tour bannis, puis rappelés, chassés pour être dépouillés et réadmis encore ? On ne saurait presque le dire. La première mesure géné-

(1) Dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. II, preuves, p. 113.

(2) Boutillier, *Somme rurale*, liv. II, tit. 12.

(3) Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. I, p. 344 ; Doat, t. XXXVII, fol. 95 et 97 ; Dom Vaissète, *Histoire du Languedoc*, t. III, 365, 452, 481. V. aussi l'édit du 21 oct. 1363, les *Statuta Massiliensia*, cités par Du Cange, *Glossaire*, v° *Judæi*, et Boutaric, *St-Louis et Alphonse de Poitiers*.

rale qui les contraignit à sortir du royaume paraît avoir été un édit d'avril 1182, qui leur accordait trois mois pour passer les frontières et les autorisait à vendre leurs meubles, mais en prononçant la confiscation de leurs immeubles (1). Philippe-Auguste fit rigoureusement exécuter cet édit, malgré la résistance de ses principaux officiers qui soutenaient ouvertement les Juifs et s'appropria tous leurs biens-fonds. Il agissait à leur égard comme à l'égard de véritables serfs ; en effet, c'étaient des hommes de mainmorte, puisque le prince recueillait leurs héritages à la sortie de la terre française, et qu'à leur mort les seigneurs prétendaient leur succéder. On en vint même, toujours par application du même principe, et en vertu d'un droit d'amortissement, à confisquer leurs biens lorsqu'ils devenaient *marrants*, c'est-à-dire embrassaient le Christianisme, parce que cette conversion privait le baron de son droit d'*échute*; nous connaissons cet usage par l'édit qui l'abroge le 4 avril 1392 (2).

Proscrits en 1182, les Israélites sont rappelés en 1206 et, grâce à de lourds sacrifices pécuniaires, obtiennent ce qu'on appelait un établissement, *stabilimentum*, c'est-à-dire une sorte de charte qui règle leurs rapports avec les chrétiens. On y lit, entre autres dispositions, qu'ils ne pourront prêter au-dessus de deux deniers d'intérêt par livre et par semaine, qu'ils ne pourront forcer leurs débiteurs à régler compte avant l'expiration d'un an, que tous les actes de prêt seront assujetis au sceau, que deux prud'hommes seront dans chaque ville préposés à la garde du scel, et qu'il est interdit aux Juifs de prêter sur des vases sacrés, des ornements ecclésiastiques, des vêtements mouillés ou ensanglantés, afin d'éviter que les

(1) En 1096, Philippe Ier avait déjà chassé les Juifs de ses domaines seulement.

(2) V. aussi l'édit du 25 avril 1363 (*Livre rouge du Châtelet de Paris*). Jacques II abrogea également cet usage en Aragon.

meurtriers ne cachent, en les donnant en gage, les produits et les témoignages de leur crime (1). Cet édit, spécial à la Champagne et au domaine royal, fut renouvelé en 1218, en 1223, en 1230. Dans le règlement de cette dernière année, Saint-Louis déclara même, afin de généraliser la mesure, que ses troupes contraindraient à l'exécuter tous les barons qui refuseraient de s'y conformer.

Le régime de la tolérance, inauguré par ces accommodements successifs, ne fut pas de longue durée. Saint-Louis préoccupé de mettre ses actes de souverain en harmonie avec ses devoirs d'obéissance à l'Eglise, qui prohibait le prêt à intérêt, invita tous les Juifs prêteurs d'argent à sortir de son royaume en 1268. Moins scrupuleux que lui, son successeur les laissa rentrer. Philippe-le-Bel fut plus machiavélique encore. Après avoir en 1299 et 1302 frappé les Juifs de taxes excessives, il enjoignit en 1303 à ses baillis et sénéchaux de contraindre tous leurs débiteurs à leur payer leurs dettes. A cette injonction inattendue, les Israélites crurent voir apparaître le Messie, mais leur joie fut de courte durée. Le rusé souverain n'avait voulu remplir leurs coffres qu'afin de mieux les vider. Trois ans après, un édit d'août 1306 leur enjoignit de quitter immédiatement le royaume. Leurs biens, meubles et immeubles, furent vendus aux enchères ; le roi fit main-basse sur tout, même sur les contrats déposés chez les notaires. Cette exécution accomplie en même temps sur tous les points de la France eut un succès universel ; les hauts vassaux profitèrent des nombreuses épaves produites par la saisie ; quant au menu-peuple, on le déchargea des intérêts les plus usuraires qu'il payait à ses prêteurs ha-

(1) Cette prohibition devint en quelque sorte de style, car on la retrouve dans un diplôme de 1388, donné par Wenceslas, roi des Romains, à un juif de Colmar, et dans les lettres de bourgeoisie accordées par la ville à celui-ci (Mossmann, *de l'épargne au moyen-âge*, *Revue historique*, 1879, p. 57).

bituels et, dans son allégresse, il se jeta sur ceux-ci, pour les rouer de coups. La justice fut obligée de sévir ; mais elle arriva un peu tard : à certaines époques, il semble qu'il n'y ait pas de bonne réjouissance populaire sans du sang versé.

Les Juifs hors du royaume et leur argent dans la caisse royale, les seigneurs indemnisés, le peuple dégrevé de l'usure qui le rongeait, tous les intérêts étaient satisfaits, sauf ceux du droit et de l'équité. Et pourtant rien n'était gagné : voici que les banquiers indigènes reprennent, avec leur clientèle, le commerce et les traditions des expulsés ; dégagés de toute concurrence, ils bravent les défenses ecclésiastiques ; entre leurs mains, l'usure refleurit mieux que jamais. Mais leurs capitaux sont loin de suffire à toutes les demandes ; de toutes parts les doléances se font entendre, un chroniqueur normand en est le témoin et l'interprète. Le taux de l'argent s'élève, les excommunications pour dettes se multiplient ; les plus riches ne pouvant emprunter finance dans un cas urgent sont saisis ou menacés de perdre leurs héritages ; les gages se dispersent ou s'égarent ; c'est un gémissement universel. Philippe-le-Bel y demeure sourd. Mais son successeur est plus accommodant ; sur la plainte des deux premiers ordres de Bourgogne, du Forez et du diocèse de Langres, il autorise les Juifs à rentrer en France pour douze ans et à recouvrer le tiers des créances qu'ils avaient à l'époque de leur expulsion. Il leur est interdit de prêter à plus de deux deniers pour livre par semaine, taux modique, puisqu'il équivaut à 40 0/0 par an (1). Ils ne peuvent d'ailleurs exiger d'autres garanties que les gages qui leur seront remis, ni réclamer des intérêts en justice. Enfin, ils sont replacés sous la puissance

(1) Le même taux était autorisé à Colmar en 1388. C'est le taux normal à cette époque. (Hanauer, *Etudes économiques*, t I, p. 524 et suiv.)

des seigneurs sur le territoire desquels ils habitaient au moment de leur sortie du royaume ou chez qui ils viendraient à s'établir pour la première fois, et reprennent la jouissance de leurs synagogues et de leurs cimetières (1).

La paix ne dura pas douze ans. En 1322, nouvelle proscription de Charles-le-Bel : six années plus tard, Philippe-de-Valois leur rouvre les portes de la France, pour les refermer en 1346. Ils rentrent en 1350 sous le roi Jean, qui les bannit encore en 1357, puis leur accorde la permission de s'établir dans le royaume pour vingt années, avec des priviléges plus étendus que ceux dont ils avaient joui jamais. On avait alors besoin d'eux pour payer la rançon du roi stipulée par le traité de Bretigny. Ces priviléges leur sont confirmés en 1364 par Charles V, et rappelés dans une déclaration de 1374, qui proroge de dix ans le délai de lenr séjour sur la terre de France. Chacune de ces concessions est, bien entendu, payée par eux au prix de sacrifices considérables, notamment par le paiement d'un droit individuel d'entrée et de séjour, de 21 florins, outre 2 florins et 7 gros tournois pour chaque enfant ou domestique; néanmoins, telles étaient la vitalité et la puissance acquisitive de la race israélite que ses richesses ne tardèrent pas à exciter de nouveau l'envie et à soulever de vives récriminations. Le *Songe du Vergier*, composé sous Charles V, en fournit, sous la forme de dialogue, l'ardente et parfois très profonde expression (2).

(1) Ord. des 17 mai et 28 juin 1315.

(2) « Dieu veult, dit dans ce dialogue le clerc qui résume les griefs populaires contre les Juifs, Dieu veult que le roy et les aultres seigneurs et princes terriers considèrent et entendent diligemment les maulx et les terribletez qui adviennent tous les jours en creptienté pour la conservation desdits Juifs... Ils mettent les crestiens à telle povreté que dès ce qu'ung crestien est une fois en leurs mains, à paine en peult eschapper, et si ne se peut jamais résouldre. Et de

Ce que l'auteur du *Songe du Vergier* réprouvait en politique hardi, en économiste supérieur à son siècle, ce n'était pas la tolérance dont les Juifs étaient l'objet au point de vue de leur existence dans la nation, c'était le privilége accordé par intermittence à leurs exactions déguisées sous la forme de prêts, exactions si fortes qu'elles doublaient, au taux légal, les capitaux avancés en trois ans et quatre mois. Ce privilége de faire la banque et par suite l'usure concédé aux Israélites était, disait la royauté, un droit régalien. Soit : mais il avait pour conséquence de laisser le marché ouvert aux Juifs et de le fermer aux chrétiens. Il était donc politiquement aussi maladroit que la proscription de la race était odieuse, car, par les abus qu'il provoquait, il conduisait presque infailliblement à jeter hors des frontières les banquiers privilégiés de la monarchie, et faisait sortir du royaume la meilleure part de son argent monnayé. En favorisant la spoliation, il engendrait donc la misère. Quelques princes essayèrent de réagir, à l'exemple du roi Charles V, contre ces mesures de prescription et introduisirent dans leurs états un régime de tolérance, malheureusement bien éphémère, quoiqu'il eût, au fond, pour but de créer des banquiers officiels. Il en fut ainsi en Bourgogne, de 1373 à 1384, sous la généreuse initiative du duc Philippe-le-Hardi (1). Mais ces tentatives libérales avortèrent bientôt·

fait, je cognois tel, lequel a emprunté d'ung Juif XIIII francs, desquelz, tant pour le sort (le capital) que pour les usures, il en a payé XIIII cens francz et encore n'en est-il pas quitte. Et qui vouldroit diligemment enquérir, on trouveroit au royaulme de France cinquante mil personnes deshéritez et mis à povretez par ces faulx Juifs... ilz retrayent subtillement l'or et l'argent des crestiens et le transportent en aultres contrées, et ainsi le peuple se apovrist, et par conséquent c'est le très grand dommaige du prince. » — « Et jaçoit que le roy preigne des Juifs grans aides ou truages, et ainsi il gaigne d'ung costé, certes il pert plus dix fois d'aultre costé, car ses subjetz ainsi apovris ne luy pevent aider ne payer ses rentes ordinaires et extraordinaires, car où il n'y a que prendre, le roy pert ses droiz. »

(1) V. dans Simonnet, *Documents inédits*, p. 428, 433, la série

Les plaintes des seigneurs, du peuple lui-même obligèrent promptement les grands vassaux qui avaient essayé de ce régime à y renoncer. Déjà, en Franche-Comté, les Juifs avaient été de nouveau expulsés vers 1361. En Bourgogne, le duc fut contraint de revenir sur ces concessions. En France, Charles VI dut, pour satisfaire l'opinion populaire, anticiper le terme fixé à leur séjour dans le royaume. Par lettres-patentes du 17 septembre 1394, il les bannit à perpétuité de ses Etats et leur fit défense d'y demeurer sous peine de mort (1). A partir de ce moment, les Juifs furent placés sous une sorte de séquestre : on leur interdit de communiquer avec les autres citoyens pour liquider leurs créances; on défendit à ceux-ci de pénétrer dans leurs habitations; le roi finit même par perdre patience, et comme le remboursement de leurs prêts, pour lequel ils avaient été autorisés à demeurer transitoirement en France, traînait en longueur, il trancha la difficulté; toutes leurs créances furent annulées en 1397, et ils furent obligés de gagner de suite la frontière pour se réfugier dans les pays voisins, non encore réunis à la couronne, en Dauphiné, d'où ils furent chassés en 1449 et 1452, en Provence, dans le Comtat-Venaissin surtout, où les papes les reçurent miséricordieusement, mais sans leur permettre des trafics usuraires, à

des mesures prises en Bourgogne à l'égard des Juifs qui, placés sous la protection ducale, jouissent dans ce pays d'une sorte d'inviolabilité, sont déchargés de toute redevance envers les hauts justiciers dont ils habitent les terres, ainsi que de toutes chargee publiques, gabelles, aides, osts et chevauchées, garde de villes, prises pour le service du duc, sauf des subsides promis par eux à celui-ci et des impôts déterminés par une convention spéciale, peuvent prêter à un taux fixé d'avance (4 deniers par livre et par semaine), établir une taille sur les membres de leur communauté pour ses propres besoins, conserver leurs rabbins et leurs cimetières, sont dispensés de porter la marque distinctive de leur race, et ne sont pas soumis à la contrainte par corps, pour dettes civiles, à moins de stipulation formelle. (Ord. de 1373, déc. 1374, févr. 1379 et 10 janv. 1381). Ces faveurs ne s'accordaient, au surplus, qu'à un petit nombre de familles, 52 au plus.

(1) Delamare, *Traité de la police*, t. I, p. 305; Beugnot, *Juifs d'Occident*.

Trévoux même, près de Lyon, où ils reformèrent une communauté. Mais il était plus facile de proscrire les Israélites que d'extirper l'usure : celle-ci se concentra dans une classe d'hommes voués, comme la race juive, au commerce de l'argent, chez les Lombards, souvent chassés avec elle, et qui reparaissaient sans cesse comme elle, dès que la puissance s'épuisait. A leur imitation et derrière eux, les Juifs se glissèrent de nouveau dans le royaume : ils revinrent à la dérobée, en dissimulant leur culte, leurs mœurs et surtout leurs trésors. On les molesta souvent, on les couvrit encore plus de mépris, on leur refusa tout droit à une existence commune, à la vie de corporation. Le peuple ne perdit rien de sa haine ni de ses préjugés contre eux ; la royauté ne leur accorda plus aucun privilége et les laissa vivre sous le régime de l'arbitraire. Mais elle les traita désormais avec une modération relative, quoiqu'elle les ait expulsés de Provence en 1498 et 1501 ; elle autorisa même, au XVIe siècle, l'établissement de Juifs espagnols et portugais dans le midi de la France. Henri II prit ces derniers sous sa protection, en août 1550, par un édit qu'Henri III confirma en 1574 au grand scandale d'Etienne Pasquier.

Ils se fixèrent aussi en Alsace, en Lorraine et dans la ville de Metz ; en Alsace, en vertu du traité de Munster ; en Lorraine, à la suite d'une déclaration du duc Léopold, du 20 octobre 1721 et d'un arrêt du conseil d'Etat du roi Stanislas, du 26 janvier 1753 ; à Metz, en exécution de lettres-patentes d'Henri IV, données le 20 mars 1603, et confirmées par Louis XIII en 1632. En Alsace, tous les gentilshommes dont les fiefs relevaient immédiatement de l'empire Allemand avant l'annexion de la province à la France, s'étaient réservé la faculté de recevoir les Juifs dans leurs terres ou de les congédier et de lever sur eux une taxe annuelle, à l'imitation de ce qui se passait au moyen-âge, où les Juifs étaient serfs de la

chambre impériale, relevaient de l'empereur d'Allemagne et lui payaient un impôt spécial, connu sous le nom de denier d'or. Les magistrats des dix villes que l'on nommait les villes impériales avaient de même conservé le droit d'admettre dans leurs murs les familles juives et de les soumettre à une redevance d'habitation (1) Enfin, dans la Haute-Alsace, qui dépendait autrefois de la maison d'Autriche et qui était placée sous sa souveraineté particulière, le roi percevait sur elles un droit de protection indépendamment de la taille ou redevance annuelle qu'elles payaient aux seigneurs. Il les avait autorisées en outre à posséder des rabbins qui exerçaient les fonctions de juges de première instance et statuaient sur toutes leurs contestations civiles. Mais il leur défendit en 1733 de toucher aucun intérêt usuraire et les astreignit à affirmer devant notaires que les prêts consentis par eux ne renfermaient aucune convention d'usure, sous peine de nullité du contrat, d'une indemnité du double de la somme portée dans l'acte au profit des plaignants et d'une amende de 500 livres perçue par le trésor royal. Cet édit ne fut pas d'ailleurs exécuté, car les Juifs obtinrent, à force d'instances, qu'il fût sursis à son application. Aussi l'usure ne cessa-t-elle de désoler la province jusqu'à la loi de 1807. A Metz, où vingt-quatre familles israélites avaient été admises en 1603, elles furent cantonnées dans un quartier de la ville, et leur nombre fut élevé à 480 en 1718; on frappa chacune d'elles d'une redevance annuelle de 40 livres, outre une taxe pour l'hôpital et un droit au profit de la cité. On leur permit d'élire un rabbin, avec l'approbation royale, de se livrer au commerce de toutes espèces de marchandises, de prêter sur gages pour un an. sauf

(1) A Colmar, dont les Juifs avaient été expulsés en 1348, à la suite d'une peste noire, on les avait reçus de nouveau en 1361 et en 1385, à la recommandation du roi des Romains. Mais ils en furent chassés une troisième fois en 1510.

aux femmes, aux enfants et aux domestiques, et en exceptant des gages les outils des ouvriers et laboureurs; on les soumit à la juridiction consulaire messine pour toutes leurs contestations avec des chrétiens, et on leur réserva la liberté de se pourvoir, entre eux, devant leur rabbin et les chefs de leur communauté, en toutes les matières qui touchaient à leurs coutumes, leurs cérémonies, leur police, leur religion. En Lorraine, enfin, 180 familles juives furent autorisées en 1721 à résider dans cette province, à y commercer et à y exercer leur culte, à la condition de n'y faire ni bruit ni scandale et de s'établir dans des quartiers ou lieux isolés, hors du contract des catholiques. Un édit de 1728 leur permit de souscrire des lettres de change et des billets à ordre, mais déclara nuls tous les actes sous seings privés qui seraient faits avec des Juifs pour prêt d'argent, vente de marchandises ou autre engagement. Il interdit de plus aux Israélites domiciliés dans le duché de faire l'usure à l'égard des chrétiens, sous peine de la perte de leurs créances et d'une amende de 500 livres. Mais, en 1753, un arrêt du conseil leur rendit la liberté de contracter sous signature privées avec d'autres personnes qne leurs coreligionnaires, et les autorisa à former une seule communauté administrée par des syndics désignés par le souverain. Ce fut le dernier régime appliqué aux Juifs de l'est avant la révolution de 1789.

§ 2. *Lombards*

Les Lombards, quelquefois aussi appelés *Cahorsins*, du nom de Caorsa, ville du Piémont dont plusieurs étaient originaires, ne jouissaient pas, dans les premières années du moyen-âge au moins, d'une condition meilleure que les Juifs. On désignait sous ce nom générique tous les Italiens venant de l'Italie septentrionnale, même les Florentins, qui venaient en France se livrer au commerce de l'argent.

Deux raisons se réunissaient pour envelopper les Israélites et les Lombards dans la même réprobation. Les uns et les autres prêtaient sur gage et lors de leurs fréquentes expulsions du territoire français, les premiers se réfugiaient de préférence dans le pays des seconds, où la similitude de la profession leur procurait un accueil plus favorable. Est-ce à ces Juifs réfugiés en Lombardie qu'il faut attribuer la découverte, ou plutôt la restauration de la lettre de change, puisqu'elle était, paraît-il, connue des anciens Grecs et même des Assyriens ? Cette opinion a été contredite et semble en effet peu probable, car on trouve l'usage du billet de change, *permutationis seu cambii*, répandu parmi les commerçants marseillais, d'origine non Israélite, dès le XIIe siècle, c'est-à-dire longtemps après la rédaction du contrat de ce nom, dont Balde nous a transmis le modèle authentique sous la date de 1381, et par conséquent plus longtemps encore avant l'ordonnance de 1462, dont l'art. 7 règlementa la lettre de change, à laquelle des édits antérieurs s'étaient bornés à faire de simples allusions, en autorisant les Italiens à ouvrir des banques en France et à trafiquer des espèces monnayées.

Comme les Juifs, les Lombards, qui avaient succédé aux Syriens de l'antiquité dans le commerce de l'argent, achetaient des princes l'autorisation d'exercer ce commerce dans leurs Etats. C'était, je l'ai déjà dit, une idée reçue au moyen-âge que la tenue des banques et des *tables de prêt* était un privilège régalien que le souverain seul pouvait concéder, et qu'il n'accordait jamais sans y mettre un prix élevé. En Italie même, les Lombards, comme les Juifs, payaient tribut pour faire l'usure. On cite un grand nombre de concordats passés entre les ducs de Brabant et leurs grands vassaux qui achetaient ainsi le droit d'avoir des Lombards et des banques dans leur territoire. L'Espagne, l'Angleterre nous offrent des

exemples semblables. Sauf en Allemagne peut-être, où les empereurs paraissent s'être bornés à fixer un taux modéré à l'usure, tous les Etats européens réservaient aux rois le pouvoir d'octroyer ou de retirer la licence du négoce métallique. Il en fut ainsi en France.

L'Eglise excommuniait les prêteurs à intérêt, mais les princes oubliaient ses foudres et recouraient eux-mêmes à leurs caisses, quand leur trésor était épuisé. Ils ne leur accordaient toutefois que des permissions révocables, dont la fragilité même était un stimulant aux exactions des manieurs d'argent. Saint-Louis fut le seul de nos souverains qui appliqua sincèrement les canons ecclésiastiques ; malgré les représentations de ses conseillers qui invoquaient l'intérêt public pour maintenir la tolérance accordée aux Juifs et aux Lombards, il refusa d'autoriser leurs établissements de prêt, ordonna de livrer aux évêques les chrétiens usuriers et chassa du royaume les Israélites et les étrangers qui souillaient de leur impur contact la terre française (1).

Ses successeurs furent loin de se montrer aussi sévères. Sous leurs règnes, les corporations des Lombards se propagèrent et s'étendirent d'une province à l'autre. Un représentant de ces émigrés italiens, Foulques Cacio de Plaisance, traita en 1278 avec Philippe-le-Hardi, au nom des Lombards de Gênes, de Venise, de Rome, de Florence, d'Ast, et en obtint la permission de s'établir à Nîmes. Le roi leur concéda en outre de précieux privilèges, comme celui de nommer des consuls qui exerçaient une juridiction sur leurs compatriotes fixés dans la sénéchaussée de Beaucaire, comme l'exemption de la mainmorte, de la taille et du droit d'épave, en cas de naufrage (2). En 1275, nous voyons des Lombards et des *Cahorsins*

(1) Du Chesne, *De vita et actibus Ludovici noni*, t. V, p. 471.

(2) Du Cange, *Glossaire*, v° *Langobardi*.

établis dans le duché de Bourgogne, où ils sont exposés à une lourde taxe, 460 livres pour cette année, 700 livres pour l'année suivante. C'est le prix stipulé de leur tolérance. Puis, ils disparaissent tout à coup de cette province, où, en 1277, l'on n'en retrouve qu'un seul, taxé à 40 livres.

Les rois, les grands vassaux qui jouissent des droits régaliens les accueillent en effet et les repoussent tour à tour. Ces citoyens de Florence, « souverains dans leur patrie, rebut du monde dans le reste de la chrétienté, oppresseurs des peuples, aussi âpres dans la bonne fortune que patients dans la mauvaise, » sont successivement chassés, rappelés, chassés encore et dépouillés. Henri III, roi d'Angleterre, les expulse en 1240, les rappelle dix ans après, et les chasse de nouveau l'année suivante. Bannis en 1268 par Saint-Louis, en 1274 et 1311 par ses successeurs (1), ils sont au contraire recherchés par Charles-le-Bel, qui enjoint en 1327 aux *ultramontains*, *presteurs* et *casseniers* (banquiers) de fréquenter les foires de Champagne, sous peine d'expulsion (2). Philippe de Valois leur fait banqueroute en juin 1340 ; en 1347, leurs débiteurs sont déclarés libérés en payant au roi le principal de leurs dettes (3). Le Roi Jean réitère cette mesure en 1350, et, trois ans plus tard, saisit tous leurs biens (4). Ces vexations semblent si naturelles et si légitimes, que nul ne s'en émeut, si ce n'est les patients eux-mêmes, et encore ne se lassent-ils jamais de revenir le lendemain de leur expulsion. Cependant, il faut reconnaître à la louange de quelques princes qu'à la veille de la mort, leur conscience se réveille et ne se sent pas à l'abri de tout reproche. Le duc de Bourgogne, Robert II, écrit dans son testament : « Item, quant aux Lombards, je vuel que, por lou remède de

(1) *Ord. du Louvre*, t. I, p. 96, 298, 489, 490, 584, 749.
(2) *Ord. du Louvre*, t. I, p. 800.
(3) *Ord. du Louvre*, t. II, p. 418.
(4) *Ord. du Louvre*, t. II, p. 523.

marme (de mon âme) et por ma descharge, se j'ay receus hau delà en menière non deue, soit fondé ung hospitaulx jusque à 400 livres de terre en la ville de Beaune, si comme j'ay ordené (1). » Il est probable que ce duc voulait se réconcilier avec l'Eglise qui avait jugé ses confiscations trop fortes.

Les Lombards avaient donc reparu dans l'est de la France au xiv[e] siècle ; ils s'y étaient de nouveau fixés et y payaient de lourdes contributions pour y exercer leur industrie, 200, 300 livres par tête d'habitant. Mais ils n'y étaient pas fixés en corporations; chaque famille était l'objet de concessions spéciales qui l'autorisaient individuellement et pour un temps déterminé à faire la banque et à prêter à gros intérêts. Lorsqu'ils abusaient de leurs priviléges, la répression n'était point tardive: une amende les atteignait aussitôt, si leurs biens n'étaient confisqués. Cependant, le plus souvent, les princes les choisissaient pour leurs banquiers : en Bourgogne, ils étaient presque toujours ceux du duc. C'était même en échange du concours prêté par eux au pouvoir pour la recette des impôts et des avances faites dans les occasions pressantes qu'ils étaient autorisés à résider dans le duché. En 1381, le duc déclare prendre sous sa sauvegarde cinq Lombards avec leurs familles et leur permet d'ouvrir des comptoirs de changeur à Dijon, de faire toutes espèces de contrats, notamment de prêter au taux de deux deniers parisis par somme de 15 sous parisis et par semaine. Il s'interdit d'avance de les frapper d'amende, mais il les soumet à un cens annuel de 200 fr. qui les dispense de toute autre redevance. Ces exemptions, ces priviléges ne les mettent pas d'ailleurs à l'abri du contrôle de la chambre des comptes qui veille sur leurs opérations et s'empresse de réprimer leurs abus. Chaque jour presque, elle les fait

(1) Dom Plancher, *Hist. de Bourgogne*, t. II, preuves, p. 113.

composer « pour usures », parce qu'ils ont dépassé le taux licite d'intérêt. Quand le trésor ducal est à sec, celui des banquiers Lombards est ouvert par autorité de justice et laisse couler un intarissable flot d'or. Il n'est besoin que de trouver une plainte qui serve de prétexte, et Dieu sait combien elles sont nombreuses ! On en rencontre autant que de débiteurs. Les Lombards paient sans murmurer, car ils sentent derrière eux l'irritation populaire et au-dessus l'arbitraire du souverain. Ce ne sont pas des citoyens, ce sont des aubains, des *tolérés*. Ils appartiennent pour ainsi dire au duc ; dans les chartes de commune, ils sont expressément exceptés des franchises accordées aux autres habitants de leur résidence ; comme les Juifs, ils demeurent les hommes du seigneur (1). C'est pour ce motif que celui-ci les prend sous sa sauvegarde, quand il veut les protéger, car ils sont sans cesse exposés aux violences du peuple, et qu'il les dépouille sans pitié, lorsqu'il est pressé d'argent. En 1387, il semble pourtant que la mesure soit comble, et que le duc soit contraint par les doléances universelles à révoquer les concessions précédemment accordées par lui à ces précieux instruments de la rapine légale. Une ordonnance du 3 novembre 1387 leur enlève le privilége de prêter à intérêt dans le duché et leur interdit de stipuler à l'avenir, sous peine de confiscation, des intérêts quelconques en sus du capital par eux prêté (2). Cette ordonnance, suivie de plusieurs saisies, est renouvelée en 1397, et elle fut sans doute maintenue avec rigueur, car, à partir de cette époque, les banquiers italiens disparaissent de Bourgogne, où ils cessent de payer un cens.

Ceci n'est qu'un exemple. Mais il peint exactement la condition des Lombards dans tout le reste de la France,

(1) Garnier, *op. cit.*, t. II, p. 208.

(2) Dom Plancher, *op. cit.*, t III, preuves, p. 124.

à l'exception des villes où, comme à Lyon et dans les riches cités commerçantes, leur concours était nécessaire au commerce (1). L'animadversion populaire, sans cesse surexcitée par leurs exactions déguisées, dit Dumoulin, sous le jargon de change réel, d'échange sec, de rechange, ne l'était pas moins par la rapidité et l'audace de leur fortune. Elle trouvait un appui complaisant dans le pouvoir royal (2), toujours prêt à leur faire chèrement payer ses équivoques faveurs Cette haine était si vivace que longtemps après la suppression de toute mesure vexatoire ou prohibitive, au XVII[e] siècle, on discutait encore la question de savoir s'ils étaient frappés d'excommunication et que le docte Saumaise écrivait un épais volume pour solliciter leur absolution au nom de l'intérêt public.

Les Lombards reçurent longtemps après le moyen-âge un autre privilége, bien moins important que celui du commerce de l'argent. Des lettres patentes de 1635, 1645 et 1716 les autorisèrent à vendre et à colporter dans toutes les villes du royaume, même à Paris, du cristal taillé, de la quincaillerie et autres menues marchandises, mais sans pouvoir les étaler. Cette humble faveur leur fut longtemps et ardemment disputée. Mais les arrêts du conseil leur en conservèrent la possession. Elle n'augmentait d'ailleurs ni ne diminuait leurs droits civils qui ne cessèrent pas d'être ceux des autres étrangers. Au XVII[e] siècle, les Lombards ne se distinguaient pas des simples aubains, sauf en ce qui concernait le droit d'aubaine, qui n'était pas appliqué d'ordinaire aux émigrés du Milanais, à raison des prétentions de la couronne de France sur ce duché. Quant aux enfants de ces émigrés nés sur le territoire national, ils jouissaient des mêmes droits que les autres régnicoles.

(1) La coutume de Bruxelles les autorise spécialement à tenir table publique de prêt. (*Grand coutumier général*, t. I, p. 1247).
(2) V. *Ord. des rois de France*. t. II, p. 59, 143, 441 ; t. III, p. 30, 142, 642, 645 ; t. IV, p. 80, 669.

§ 3. *Protestants*

L'histoire de la législation civile relative aux protestants sous l'ancienne monarchie se lie étroitement à celle de la naissance, des premiers progrès et de la proscription de l'Eglise réformée en France. Elles ne peuvent se séparer l'une de l'autre. Cela oblige à jeter d'abord un coup d'œil sur les lois répressives dont ce culte fut l'objet soit avant, soit depuis la révocation de l'édit de Nantes.

Le domaine de la conscience échappe au législateur laïque, parce que les idées ne peuvent être comprimées par la force. L'expérience a constamment justifié cet axiome, quoiqu'à cet égard elle n'ait jamais converti personne. Je ne parle pas ici du droit lui-même : il est de l'essence de la vérité de combattre l'erreur ; ce n'est pas seulement pour elle un droit, c'est un devoir : l'Eglise, qui a mission de guider et d'éclairer les âmes, a par là même l'étroite obligation de s'opposer à ce qu'elles soient égarées ou corrompues. Mais je parle du fait : la persécution n'est pas seulement cruelle, elle est maladroite vis-à-vis de l'intelligence désarmée ; elle n'a jamais servi qu'à grandir l'erreur en lui donnant le lustre du martyre.

Les princes qui virent naître la réforme ne la comprirent pas, et il ne faut pas s'en étonner ; depuis eux, combien de gouvernements qui se prétendent plus libéraux ont imité les Valois ! D'ailleurs, la religion nouvelle ne se renfermait pas dans le sanctuaire de la conscience ; elle aspirait à s'emparer extérieurement de l'Etat. Aussi les bûchers dressés contre elle restèrent allumés plus d'un quart de siècle. Un édit de 1534 prononça contre tous ceux qui récéleraient des luthériens les peines encourues par les hérétiques eux-mêmes et accorda aux dénonciateurs le quart des confiscations. Celui de 1540 enjoignit à toutes personnes de les révéler à la justice

« comme un chacun, dit-il, doit concourir à éteindre le feu public, » et cela, sous peine d'être déclarées coupables du crime de lèse-majesté. Il ordonna à tous les juges royaux ou seigneuriaux de déférer au parlement les fauteurs de l'hérésie et menaça de la privation de leurs offices ou de leurs justices les officiers du roi ou les hauts justiciers qui auraient négligé d'informer contre eux. L'édit de juin 1551 alla plus loin encore : il défendit de solliciter en faveur des accusés d'hérésie, sous peine d'être déclaré hérétique soi-même; il interdit de faire « aucune proposition, question ou dispute » sur la foi ou les constitutions ecclésiastiques, à peine d'être puni pour infraction aux ordonnances qui prohibaient le culte réformé, et alloua aux dénonciateurs le tiers des biens saisis sur les dénoncés. François Ier, dit Brantôme, fit faire de grands feux des protestants. On connait les mesures sanglantes prises contre les descendants des Vàudois dans leur refuge de l'*Israël des Alpes* ; personne n'a oublié ni la condamnation de Louis de Berquin et de ses coreligionnaires, ni le massacre des habitants de Cabrières et de Mérindol, que le parlement d'Aix avait condamnés à mort en 1540, et qui, après avoir une première fois échappé à l'exécution de leur sentence, grâce à Chasseneuz, furent tous impitoyablement immolés, quatre années plus tard, par le premier président d'Oppède, son successeur. Ni ces supplices isolés, ni ces exterminations en masse ne réduisirent d'une unité le nombre des réformés, au contraire. Chaque goutte de sang répandue laissait une semence ; comme la race de Cadmus, les protestants traqués, emprisonnés, brûlés partout, jaillissaient partout du sol. Ils devenaient légion.

Le péril n'était pas grand seulement pour l'orthodoxie: il l'était plus encore peut-être pour l'Etat. Le parlement de Paris fut le premier à sentir qu'on était allé trop loin en confiant la recherche et la répression de l'hérésie aux

tribunaux séculiers, et qu'il était préférable de laisser ce soin à la juridiction ecclésiastique. Dans ses remontrances sur l'édit du 22 novembre 1549, qui attribuait la connaissance de ce crime concurremment aux juges royaux et aux juges d'église, il demanda que cette concurrence fût restreinte à l'information et que le juge royal fût, après l'interrogatoire, tenu de se dessaisir en faveur de la justice ecclésiastique, qui prononcerait seule le jugement, à moins qu'à l'hérésie proprement dite ne se joignît un fait de rebellion ou de sédition. Cette attribution de compétence avait un grand avantage. Les cours d'église ne pouvaient prononcer aucune peine afflictive et infamante ; elles séparaient seulement les condamnés de la communion des fidèles, en leur imposant des aumônes ou des prières. Les échafauds disparaissaient ainsi, et avec eux l'ardente sympathie qu'excite la violence en faveur des persécutés.

Le chancelier l'Hôpital fit de cette idée la base de l'ordonnance de Romorantin, rendue en mai 1560. La connaissance *entière* du crime d'hérésie fut délaissée aux prélats du royaume qui furent chargés, dit-elle, « par prêchement et persuasion, de réduire ceux qui sont en erreur à la voie de vérité. » Les baillis et sénéchaux conservèrent seulement compétence pour réprimer les actes de rebellion commis sous le voile de la religion.

Un an plus tard, le 27 janvier 1561, un nouvel édit, dû également à la sagesse de L'Hôpital, « pour entretenir, dit-il, les peuples en paix et concorde, en attendant que Dieu fasse la grâce de pouvoir les réunir en une même bergerie, » suspendit l'interdiction des assemblées des huguenots défendit de molester ceux-ci, mais les obligea à observer toutes les lois politiques, notamment sur les jours de fêtes chômables et sur les mariages. Cette ordonnance ne prévint pas malheureusement la guerre civile, provoquée d'ailleurs par les violences des protestants ; mais ce fut moins la faute de ceux qui l'avaient promulguée

que de ceux qui la laissèrent ouvertement violer. Je n'ai pas à décrire ici les divers épisodes de nos luttes religieuses, ni les conjurations d'Amboise et de Meaux, ni les cruautés exercées par les calvinistes à Pamiers, à Rodez, à Valence, à Montbrison, ni le massacre de Vassy, ni la Saint-Barthélemy, ni les fureurs de la Ligue, ni les calamités qui précédèrent l'avénement de Henri IV. J'arrive sans transition à l'édit de Nantes, de mars 1598, qui accorda non seulement la tolérance, mais la liberté aux protestants. Cet édit autorisait le libre et public exercice de la religion réformée dans les villes où elle avait été tolérée en 1577, 1596 et 1597, dans les terres des hauts justiciers et dans les simples fiefs dont les possesseurs étaient huguenots, mais à la condition, dans ces derniers lieux, de n'admettre au culte que trente personnes seulement. Les dons et legs faits pour l'entretien des ministres, des docteurs, des écoliers et pauvres protestants ou autres causes pies étaient permis. Les pasteurs étaient exempts des droits de guet et de garde, du logement des gens de guerre, de l'assiette et de la collecte des tailles des commissariats pour la garde des biens saisis, des tutelles et curatelles. Ils ne pouvaient être tenus de répondre en justice comme témoins sur les choses qui leur avaient été révélées dans les consistoires, à moins qu'il ne s'agît de la sureté du roi ou de l'Etat. L'exhérédation des enfants pour cause de religion était interdite aux catholiques comme aux protestants ; ceux-ci pouvaient donner à leurs enfants telle éducation qui leur convenait, ouvrir des écoles publiques dans les lieux où leur culte était autorisé ; ils avaient le libre accès des hospices, « aumônes générales », maladreries et universités catholiques. La validité des mariages contractés entre réformés était soumise aux juges royaux, à l'exception du cas où le défendeur était catholique. Les protestants devaient chômer les fêtes de l'Eglise romaine et s'abstenir en ces jours de

tout travail bruyant. Ils étaient soumis à la dime ecclésiastique, selon l'usage des lieux, mais n'étaient pas tenus à contribuer à l'entretien des églises et des presbytères. Ils étaient capables d'exercer toutes les fonctions publiques et jouissaient d'une juridiction spéciale, appelée les *chambres de l'Edit*, composées de magistrats catholiques et protestants en nombre égal. Ils pouvaient dans les présidiaux et les prévôtés des maréchaux récuser deux juges au civil et trois au criminel, lorsqu'il ne se trouvait pas un nombre semblable de juges de leur communion dans la compagnie. Enfin des places de sureté avaient été laissées entre les mains des réformés comme une garantie de l'exécution de l'ordonnance. Ce fut sans doute la cause de leurs malheurs, car, sans la possession de ces places, qui constituait en quelque sorte une nation protestante armée au sein de la France catholique, ils n'auraient pas vraisemblablement pris part au soulèvement terminé, après la conquête de la Rochelle, par l'édit de Nimes, en 1629.

Malgré la résistance du parlement qui se refusa longtemps à l'enregistrer, l'édit de Nantes fut appliqué sans modification ni entraves de 1629 à 1665. Il ne parait pas que le régime inauguré par lui ait été défavorable aux catholiques eux-mêmes, puisque le nombre des protestants n'augmenta point sensiblement. Mais en 1665, grâce aux sourdes menées des calvinistes et à leurs secrètes liaisons avec le prince d'Orange, on commença de le mutiler. Un premier arrêt du conseil interdit, cette année, l'exercice de la religion prétendue réformée dans plusieurs villes du royaume. Quatre ans après, les chambres miparties de Paris et de Rouen furent supprimées; des temples furent démolis, et des peines fort graves établies contre les relaps; les seigneurs reçurent défense de nommer des juges calvinistes, et un certain nombre de professions, particulièrement celles qui concernaient le recouvrement des impôts, furent interdites aux non-

catholiques. Les protestants ne purent plus désormais s'assembler qu'en synodes ; leurs écoles, leurs imprimeries, leurs librairies, leurs hospices, furent supprimés. L'accès des offices de notaire, de procureur, d'huissier, leur fut fermé, ainsi que celui des charges de la maison royale, de secrétaire du roi, d'officier de la maréchaussée, et celui du barreau. Les médecins, les chirurgiens et les apothicaires durent faire profession de foi orthodoxe. Les ministres durent s'abstenir de recevoir dans leurs temples et d'instruire toute personne d'une religion autre que la leur. Ils reçurent l'ordre de s'éloigner à une distance d'au moins six lieues des villes ou des habitations où leur culte était interdit, et nul ne put assister aux offices religieux que dans l'étendue du bailliage où il était domicilié. Enfin , ces mesures successives et isolées furent couronnées par l'édit d'octobre 1685 qui révoqua, avec l'édit de Nantes, toutes les concessions précédemment faites aux calvinistes.

Audacieux défi porté par Louis XIV à l'Europe protestante, sans l'assentiment du pape Innocent XI qui n'y applaudit pas, cet édit de 1685 fut avant tout un acte politique, et, par suite, très rigoureusement appliqué. Mais pour en juger toute la portée, il ne faut pas s'en rapporter seulement aux écrivains qui l'ont apprécié à ce point de vue ou qui en ont décrit l'exécution par l'implacable Louvois (1). Il faut l'étudier dans ses termes mêmes encore mal connus. Or, son art. 11 déclare, en principe, que tous les réformés ont la liberté de demeurer dans le royaume et d'y jouir de leurs biens sans pouvoir être inquiétés sous prétexte de leur religion. Il n'est permis à personne de les contraindre à assister aux cérémonies du culte catholique ou d'exiger d'eux des certificats de catholicité. Deux seules catégories d'individus sont exceptées : ce sont les relaps et les ministres.

(1) Nul peut-être ne l'a mieux jugé que le duc de Bourgogne, l'élève de Fénelon, dans son mémoire sur la révocation de l'édit de Nantes.

1° Les *relaps* sont frappés de peines très sévères, non par l'édit de 1685, mais par la déclaration d'avril 1663 renouvelée en 1679 et 1724. Toute personne ayant fait abjuration, ou qui, engagée soit dans les ordres, soit par des vœux monastiques, quitte la religion catholique pour embrasser le calvinisme, est bannie à perpétuité et subit la confiscation de ses biens. Toute personne qui, après une abjuration, refuse pendant une maladie les sacrements de l'Eglise, est passible de l'amende honorable et des galères perpétuelles. En cas de décès, sa mémoire est flétrie, son cadavre traîné sur la claie et jeté à la voirie ; ses biens sont confisqués. Quant à ceux qui l'ont exhortée à mourir hors du sein de l'Eglise catholique et à revenir à son ancien culte, ils sont condamnés aux galères, s'il s'agit d'hommes, rasés et enfermés dans un couvent, si ce sont des femmes.

2° Les *ministres* protestants qui n'embrassent pas la foi catholique sont forcés de sortir du royaume dans la quinzaine, et ne peuvent se livrer à aucune prédication, sous peine des galères. S'ils rentrent sur le territoire français, ils sont passibles de la mort, et leur présence doit être dénoncée par ceux qui en ont connaissance, à peine d'aller ramer toute leur vie sur les vaisseaux du roi (1). Les mêmes pénalités sont édictées contre les ministres qui seraient restés en France depuis l'édit.

Une autre ordonnance de janvier 1686, aggravant les prohibitions de l'édit de 1685, déclare déchues du droit de disposer de leurs biens, par testament ou autrement, les femmes des nouveaux catholiques qui refuseraient de se convertir comme leurs maris et les veuves qui persisteraient dans la foi protestante. Tous les avantages qui leur seraient attribués pour une cause quelconque, douaires, augments de dot, préciputs, etc., sont dévolus *ipso facto* à leurs

(1) Déclar. du 1er juillet 1686.

enfants catholiques, ou, à défaut de ceux-ci, aux hospices les plus voisins.

L'édit de 1685 et les déclarations qui le complétèrent jusqu'en 1724 avaient renouvelé l'interdiction faite aux religionnaires d'exercer certaines professions, en exigeant la production d'un certificat de catholicité pour l'admission dans les offices de judicature, dans les mairies, l'échevinage, les charges de notaire, procureur, sergent, le grade de licencié en droit ou en médecine, ou pour l'exercice de la profession de médecin, apothicaire, sage-femme, imprimeur, libraire, écuyer. Les autres arts et métiers étaient permis aux protestants. Mais il leur était interdit d'être tuteurs ou curateurs, d'exercer les droits de patronage sur des églises, de conférer des bénéfices, de prétendre aux prérogatives honorifiques attribuées aux seigneurs dans leurs paroisses, tant qu'ils n'auraient pas abjuré. On leur défendait même d'avoir des domestiques de leur culte, à peine des galères, de la flétrissure et du fouet (1), et, ce qui indique bien la préoccupation politique du législateur, de conserver chez eux au-delà d'une certaine quantité d'armes dont la nature et le nombre étaient rigoureusement déterminés (2).

Inutile d'ajouter que leurs temples furent tous démolis, qu'il leur fut fait défense de s'assembler, pour célébrer leur culte, dans aucun lieu privé ou public, sous quelque prétexte que ce fût, à peine des galères perpétuelles et de la confiscation; qu'on leur retira les cimetières particuliers dont ils faisaient usage, et qu'ils durent inhumer leurs morts hors des églises et des lieux de sépulture réservés aux catholiques. Leurs enfants furent baptisés par les curés des paroisses à peine de 500 livres d'amende, et 24 heures après leur naissance, à moins de dispense. Ils

(1) Déclar. du 11 janv. 1686.
(2) Déclar. du 16 oct. 1688.

durent être élevés dans la religion catholique, et, dans ce but, des écoles publiques furent créées dans toutes les paroisses qui n'en possédaient pas encore, afin de recevoir tous les enfants des familles catholiques ou protestantes jusqu'à l'âge de 14 ans (1). Les pères et mères, les tuteurs furent contraints d'y envoyer leurs enfants et pupilles de l'un et l'autre sexe, et, d'après la déclaration de 1724, art. 8, les procureurs royaux ou seigneuriaux furent chargés de se faire remettre un état des enfants qui ne suivaient pas les écoles, afin de poursuivre leurs parents, qui étaient passibles de fortes amendes. Enfin, il était interdit aux parents d'apporter le moindre obstacle à l'abjuration de ceux de leurs enfants qui n'avaient pas reçu le baptême et qui manifestaient l'intention d'embrasser le catholicisme dès qu'ils avaient atteint l'âge de sept ans (2).

Les mariages contractés entre protestants qui, avant la révocation de l'édit de Nantes, étaient régulièrement célébrés devant les ministres du culte réformé, ceux qui étaient contractés entre protestant et catholique et qui pouvaient être bénits soit par un curé, soit par un pasteur, furent déclarés invalides (3). Il ne fut plus, depuis cette époque, permis de recourir à un autre ministère ni à d'autres actes solennels que ceux de l'Eglise catholique : on défendit, sous peine des galères ou du bannissement, aux parents ou tuteurs de consentir au mariage de leurs enfants ou pupilles qui serait célébré à l'étranger, sans la permission expresse et écrite du roi. En revanche, les enfants des religionnaires réfugiés hors des frontières purent contracter mariage sans le consentement de ceux sous la puissance de qui ils se trouvaient, pourvu qu'ils justifiassent de celui de leur curateur nommé à cet effet

(1) Déclar. du 13 déc. 1698.
(2) Déclar. du 17 juin 1681.
(3) Déclar. de novembre 1680.

ou du conseil de famille (1). Toutefois, les édits n'ayant point expressément prononcé la nullité des unions contractées par les réformés hors de l'Eglise catholique, puisqu'ils supposaient tous au contraire que les religionnaires demeurés en France étaient convertis, les parlements du royaume, à l'exception de celui de Grenoble, dont la jurisprudence se distingua par une extrême rigueur, et de celui de Toulouse, qui condamna plusieurs fois, au criminel, des époux protestants pour concubinage public, s'accordèrent, en l'absence d'un texte précis, à reconnaître les effets civils de ces unions en faveur des enfants qui en provenaient. Aucun d'eux même n'annula le mariage de deux réformés, faute d'avoir été célébré *en face d'Eglise*, et les nombreux arrêts qui dénouèrent au XVIIIe siècle les liens contractés devant un ministre par des dissidents, s'appuyèrent tous soit sur la clandestinité, soit sur la séduction, soit sur un défaut de forme, soit sur celui du consentement paternel. Tous se fondèrent sur la possession d'état et la bonne foi des père et mère pour consacrer, lorsqu'ils le purent, la légitimité des enfants, et l'on soutint même que la bénédiction nuptiale n'étant pas canoniquement essentielle, un mariage pouvait être valablement contracté sans cette bénédiction, en présence du curé et de quatre témoins, ce qui eût été un moyen indirect de valider formellement toutes les unions contractées par les protestants sans l'accomplissement des cérémonies catholiques (2). En 1756 le procureur général de Monclar fit un pas de plus, en proposant dans un écrit intitulé : *Mémoire théologique et politique au sujet des mariages clandestins des protestants de France*, de faire publier les bans devant un officier de justice et de célébrer le mariage devant un magistrat. Quelques années plus tard,

(1) Déclar. du 14 mai 1724.

(2) Concl. de l'avocat génér. Talon, sur l'arrêt du 11 août 1673.

en 1778, un autre magistrat, M. de Bretignière, revint à la charge et demanda au parlement de Paris d'intervenir, afin d'obtenir du roi des mesures propres à suppléer au silence des édits sur le mariage des réformés. Le parlement ne jugea pas à propos d'accueillir cette proposition, mais, au mois de septembre 1787, Louis XVI déféra spontanément au vœu de l'opinion en autorisant tous les membres d'un culte dissident à se marier devant un officier de la justice civile, qui déclarait, au nom de la loi, les parties unies en légitime et indissoluble mariage. Désormais, les réformés cessèrent d'aller mystérieusement célébrer leurs unions « au désert, » et la légitimité de leurs enfants cessa d'être contestable à raison de ce vice de clandestinité. Nous verrons plus loin, lorsque nous étudierons les modes de preuve de l'état civil, les mesures qui avaient été spécialement adoptées à une époque antérieure, pour les religionnaires d'Alsace.

Dans cette dernière province, le traité d'Osnabruck avait accordé aux luthériens et aux calvinistes la liberté de conscience qui appartenait aux catholiques, c'est-à-dire le libre exercice de leur culte. Mais plusieurs restrictions furent ultérieurement apportées à cette tolérance D'une part, une déclaration de novembre 1662 interdit de s'établir en Alsace à toute personne faisant profession d'une autre religion que la religion catholique. D'autre part, li fut défendu aux luthériens et aux calvinistes alsaciens qui avaient leur domicile dans cette province avant sa réunion à la France de se fixer, même en qualité de fermiers, dans les paroisses qui ne seraient composées que de catholiques (1). En troisième lieu, bien que le traité de Westphalie n'eût point déclaré les protestants incapables de posséder des offices dans les pays de leur communion, les charges de bailli, prévôt et greffier, les fonctions de

(1) Arrêts des 15 mars 1727 et 20 février 1751.

syndic et d'avocat consultant leur furent retirées. Les lois portées en France contre les apostats et les relaps furent déclarées applicables en Alsace par une déclaration de juin 1683, qui défendait aux catholiques d'embrasser le culte de Luther ou de Calvin à peine de confiscation et de bannissement perpétuel, et aux ministres de les recevoir dans leurs temples, sous menace de se voir privés de leur état. Cette prohibition fut du reste restreinte en fait aux catholiques pratiquants. Le conseil d'Alsace était seul compétent pour connaître de l'exécution des édits rendus contre les relaps et pour statuer sur les poursuites dont ils étaient les objets. Les protestants conservèrent la jouissance de tous les biens ecclésiastiques dont ils étaient possesseurs au 1er janvier 1624, et la réciprocité fut reconnue aux catholiques dans les lieux qui suivaient la confession d'Augsbourg.

En interdisant aux religionnaires de sortir du royaume et de s'établir à l'étranger sans la permission du roi, sous peine de la confiscation de leurs corps et de leurs biens, la monarchie avait aussi cherché un moyen de les empêcher d'emporter avec eux leurs richesses. Elle considérait qu'un fugitif ne pouvait pas plus faire sortir du royaume sa fortune particulière qu'un vassal ne pouvait se jouer de son fief au mépris de son investiture et du domaine direct réservé au suzerain. De même qu'en ce dernier cas le vassal était dépouillé de son fief, de même, disaient les jurisconsultes des derniers siècles, le propriétaire ne devait conserver sa propriété qu'à la condition de résider dans le royaume et de contribuer, comme citoyen, à ses charges publiques. C'était la thèse du domaine éminent de l'Etat, de l'Etat souverain seigneur et maître absolu de toutes choses.

La théorie était nette et brutale, mais l'application n'en était pas facile. Les gouvernements du moyen-âge, qui en avaient fait l'essai sur les Juifs et les Lombards, avaient

sans doute réussi à les dépouiller des biens saisis en leur possession, mais non de ceux qu'à l'aide d'aliénations prétendues ou de lettres de change, les proscrits faisaient passer en d'autres mains ou à l'étranger. Pour mieux atteindre les réformés fugitifs, la déclaration du 5 mai 1699 leur défendit de disposer, à titre onéreux ou gratuit, de leurs immeubles et de l'universalité de leurs meubles sans l'autorisation royale. Elle n'admit d'exception que pour les donations faites par contrat de mariage en faveur des enfants ou petits enfants demeurant dans le royaume ou, à leur défaut, en faveur des héritiers présomptifs du donateur également domiciliés en France. On alla même jusqu'à interdire aux protestants de toucher, sans permission spéciale, le prix des ventes consenties avant la déclaration, et à leurs débiteurs de les payer. Tous les contrats passés en fraude de cette défense, qu'ils revêtissent l'apparence d'un échange ou toute autre forme, furent déclarés nuls, ainsi que les actes contraires à la prohibition. Les débiteurs de rentes constituées ne purent, sans autorisation, rembourser leurs créanciers appartenant à la communion réformée, et les sommes ainsi remboursées durent être employées, aux termes des lettres-patentes du 28 février 1714, soit à l'achat d'immeubles ou de rentes en France, soit à l'acquittement de dettes hypothécaires dans l'intérieur du royaume.

Les biens des fugitifs devaient d'abord être confisqués au profit du trésor royal. Mais l'édit de décembre 1689 les rendit bientôt aux héritiers naturels. Quant aux immeubles des protestants sortis du royaume avec la permission du roi, l'administration en fut confiée aux enfants majeurs des émigrés, aux tuteurs de leurs enfants mineurs, ou à leur défaut, aux régisseurs des biens des religionnaires fugitifs, et les revenus en furent affectés à la nourriture des nouveaux convertis, déduction faite des charges réelles.

Toutes ces incapacités, maintenues sous Louis XV, ne disparurent que sous son successeur qui abrogea l'édit de 1685 en 1787. Il est juste de le remarquer en terminant : la législation draconienne qui atteignit dans l'ancienne France les Juifs, les Lombards et les protestants ne fut pas l'œuvre de la coutume, c'est-à-dire de la société civile, encore moins celle de la société religieuse dirigée par ses guides officiels et autorisés. Elle dut uniquement son origine aux pouvoirs politiques, qui surexcitèrent dans leur intérêt personnel les passions populaires, au lieu de les dompter ou de les apaiser. L'animal vit toujours au fond de l'homme et nos vieilles sociétés raffinées le portent elles-mêmes dans leur sein ; bien qu'elles se flattent de l'avoir apprivoisé, il survient certaines heures où, la bride rompue, la bête retourne à ses instincts sauvages et meurtrit cruellement la liberté. Ces sanglantes meurtrissures, l'ancienne France les a connues : mais qui doit en être responsable, de la coutume, constamment préoccupée de réfréner la brutalité humaine, ou des gouvernements qui la déchaînèrent?

CHAPITRE VI

INFAMES

On appelait *infamie*, dans l'ancien droit, la perte de l'honneur et de la réputation, et *infâmes* ceux qui avaient subi cette perte. L'infamie était, comme dit Pothier, un état mitoyen entre la jouissance complète des droits civils et la mort civile. Elle ne faisait pas perdre tous ces droits, mais elle les diminuait : *non consumit, sed minuit.*

On distinguait deux sortes d'infamie, celle de fait et celle de droit. La première n'était pas à proprement parler

une pénalité ou une diminution de la vie civile; elle résultait de l'accomplissement d'un acte honteux, mais non punissable ou non puni. Elle enlevait l'estime, la considération, mais elle n'entraînait aucune incapacité légale. Uniquement attachée au fait commis, elle suivait son auteur partout où le souvenir de son action répréhensible pouvait l'accompagner, elle le rendait suspect, mais elle ne le retranchait pas de la société. Elle avait seulement pour effet de lui interdire les fonctions qui exigeaient une intégrité absolue et des mœurs irréprochables. Ainsi les cours de justice faisaient une enquête minutieuse pour s'assurer si les aspirants aux sièges de judicature n'avaient aucune tâche à leur bonne renommée. « Une femme surprise en adultère, disait un jour Le Maître dans un de ses plaidoyers, n'est pas moins infâme que si elle était condamnée par un jugement public. Un homme qui a transigé sur un crime est aussi infâme que s'il en avait été puni, parce que la conviction suffit et que celui qui transige est convaincu. » Mais cela n'était pas l'infamie de droit, qui existait seulement lorsqu'elle avait été prononcée par un jugement.

Dans le droit romain, auquel la jurisprudence coutumière avait emprunté la plupart des dispositions qui concernaient la *note d'infamie*, celle-ci pouvait résulter de condamnations prononcées en matière civile. D'après le droit coutumier, au contraire, les seules condamnations prononcées en matière criminelle, pour crimes ou délits emportant peines afflictives ou infamantes, pouvaient faire encourir l'infamie (1). Une transaction sur une poursuite civile ne suffisait pas. L'infamie n'était jamais encourue par la perte d'un procès civil, à moins que le jugement n'eût prononcé une amende pénale. Celui qui revenait sur une transaction conclue en état de majorité et qui aurait

(1) Loyseau, *Traité des offices*, liv. I. ch. 13, n° 51.

été pour ce fait déclaré infâme selon la loi romaine, n'encourait aucune déchéance dans le droit coutumier, qui se refusait même à appliquer l'infamie aux excommuniés, bien que le droit canonique les soumit à cette peine.

Les pénalités dont la prononciation la faisait encourir étaient :

1° La peine *capitale*. Le condamné à mort, étant mort civilement, était à plus forte raison déclaré infâme. Mais le condamné par contumace qui décédait dans le délai de cinq ans n'encourait nulle infamie ;

2° Les *galères à temps* ;

3° Le *fouet, peine infâme,* disait Loysel, parce qu'elle était autrefois réservée aux exclaves (1). On estimait pourtant que les coups de bâton n'étaient pas infamants par eux-mêmes, à moins que la cause pour laquelle ils étaient donnés ne le fût elle-même. Le fouet ne cessait pas d'emporter l'infamie, lorsqu'il était appliqué au condamné à l'amende qui, ne pouvant la payer en argent, selon le mot de Loysel, la payait de son corps, *qui non habet in œre, luit in corpore* (2) ;

4° Le *pilori* et le *carcan*, peines corporelles, prévues par un grand nombre de coutumes, telles que celles de Blois, art. 20, 24, de Bar, art. 33, de Valenciennes, art. 142, de Sens, art. 1, de Melun, art. 2, du Nivernais, tit. 1, art. 15, du Bourbonnais, art. 2, de Troyes, art. 123, et appliquées soit par les juges royaux, soit par les seigneurs hauts justiciers ;

5° La *marque*, prévue par la *Somme rurale*, les coutumes du Hainaut, ch. 106, et du Nivernais, tit. 1, art. 15; elle consistait en l'application d'une fleur de lys rougie au feu ;

6° Le *bannissement* d'un lieu ou pour un temps ;

7° L'*amende honorable* envers la justice, à la différence de celle qui était faite à un simple particulier ;

(1) Il en était autrement sous les lois barbares. V. *Lex Visigothorum*, lib. II, tit. I, § 18 et *Concil. Toletan.*, XIII, c. 2.

(2) V. Pierre des Fontaines, *Conseil à un ami*, ch. XXI, art. 16.

8° L'*amende criminelle*, confirmée par un arrêt, à la différence de l'*aumône* ordonnée par la justice ;

9° Le *blâme*, mais non la défense de récidiver ni l'injonction d'être plus circonspect.

Le jugement qui prononçait contre un officier public la privation de son office ne le rendait pas infâme. Il en était de même du décret d'ajournement personnel ou de prise de çorps, quoiqu'il rendit le prévenu incapable d'exercer un emploi ou qu'il fût une cause légitime de reproche contre son témoignage jusqu'à sa justification, et du décret d'assigné pour être ouï qui n'entraînait aucune interdiction.

L'infamie de droit avait pour conséquence de rendre celui qui l'avait encourue incapable de posséder aucun office ou bénéfice, et de remplir aucune fonction publique. Elle le dépouillait donc de toutes celles dont il était revêtu, sans lui enlever toutefois la propriété de l'office, mais en lui défendant de l'exercer. Elle lui interdisait ainsi d'être avocat (1), notaire (2), procureur, huissier (3), arbitre (4). Elle s'opposait à ce qu'il pût témoigner en matière civile, et même à ce qu'il pût tester, lorsque l'infamie résultait d'une condamnation à la mort civile. On l'admettait néanmoins à déposer dans les accusations de lèse-majesté, de sacrilége, de simonie.

Tout juge qui pouvait connaître d'un crime avait le droit de noter d'infamie, qu'il fût laïque ou ecclésiastique. Mais les cours souveraines étaient seules autorisées à dispenser de cette peine accessoire les individus contre lesquels elles prononçaient des condamnations ; les juges inférieurs n'avaient pas ce pouvoir (5).

(1) D'Argentré, *sur la cout. de Bretagne*, art. 40, n° 1.

(2) Ord. d'Orléans, art. 83.

(3) Ord. d'Orléans, art. 90.

(4) Mornac, sur la loi 7 *Dig. de receptis arbitris*.

(5) Basnage, sur la *cout.* de Normandie, tit. *des juridictions*, art 13 ; Boucheul, *Biblioth. de droit franc.*, v° *infamie*.

L'infamie pouvait être remise par des lettres de rémission ou de réhabilitation émanées de la puissance royale, et celui qui les avait obtenues était aussitôt réintégré dans tous ses droits; mais lès lettres de rappel de ban et de galères n'avaient pas le même effet.

Dans certaines circonstances, les souverains délivraient des *lettres de répit* ou de *défenses générales* à des débiteurs pressés par leurs créanciers et auxquels il semblait équitable d'accorder quelque délai pour acquitter leurs dettes. Pendant ce délai les créanciers ne pouvaient ni emprisonner leurs débiteurs ni saisir leurs biens. Un grand nombre de coutumes avaient prévu ce cas et reconnu la validité des lettres de répit (1). Le délai accordé était ordinairement de trois ou de cinq ans (2). Ainsi Saint-Louis avait dispensé tous ceux qui se croisaient avec lui de payer leur dettes pendant trois ans. Un édit rendu par Philippe-le-Bel, en 1318, art. 8, avait réglé le mode de délivrance de ces lettres, qui restèrent longtemps un attribut exclusif de l'autorité royale, jusqu'à l'ordonnance de 1560, du moins, dont l'art. 61 permit aux débiteurs de se pourvoir par requête devant les juges ordinaires afin de faire une information sur les causes qui pouvaient excuser leur état passager d'insolvabilité. Plus tard, l'édit d'août 1669 revint sur cette concession et défendit aux cours souveraines d'accorder aucun délai sans la production de *lettres royaux* formels. Les personnes qui obtenaient des lettres de ce genre ne pouvaient, aux termes de l'ordonnance de 1673, tit. 9, art. 5, être élues maires ou échevins, juges ou consuls des marchands, administrateurs des hôpitaux, ni exercer aucune fonction

(1) V. *cout* de Paris, art. 111; de Melun, art. 321; de Sens, art. 258; de Mantes, art. 185; de Laon, art. 279; de Berry, tit. 9, art. 21, 22; de Bar, art. 2·3; de Valóis, art. 193; d'Auxerre, art. 150; de Normandie, art. 20.

(2) V. *cout.* d'Orléans, art. 332, 337, 353.

publique. Mais, malgré cette prohibition, les lettres de répit ne produisaient pas la note d'infamie et n'entraînaient aucune des autres conséquences que nous avons vu attacher à cette peine accessoire.

CHAPITRE VII

LÉPREUX ET CAGOTS

Pendant le moyen-âge, les lépreux étaient retranchés de la société des autres hommes, et il leur était interdit d'avoir aucune communication avec eux. On les appelait aussi *ladres*, *mesiax*, *mésels*. Ils portent ces deux derniers noms dans Beaumanoir, dans la coutume du Hainaut, ch. 109, et dans celle de Mons, ch. 65.

Cette interdiction de toute relation sociale n'était pas récente. Elle datait de la loi de Moïse. Chez les Juifs, celui qui se croyait atteint de la lèpre devait se présenter au prêtre qui le visitait et jugeait s'il était malade ou non. Dans le premier cas, le lépreux était obligé de se retirer du commerce des autres hommes et de s'établir hors du camp, ou hors de la ville, lorsque les Israélites habitèrent des cités. Le moyen-âge qui compta beaucoup de lépreux, puisqu'on en évaluait le nombre à 19,000 en Europe au XIIIe siècle, adopta cette règle et réputa le ladre tellement mort que l'Eglise le frappa d'excommunication et célébra sur lui, dans certains lieux, l'office funèbre. D'après les coutumes de Mons et du Hainaut, « si une personne est renommée d'estre entachée de la maladie de la lèpre, les eschevins dessous qui telle personne est résidante et demeurante, seront tenus et pour leur acquit le mener aux épreuves, aux dépens des paroissiens. Et si icelle personne est trouvée entachée de ladite maladie, on luy

devra bailler pour une fois, s'ils ne sont du lieu, un chappeau, un manteau gris, une cliquette et une besache, et avec luy faire son service ; lesquelles bagues et dépenses devront estre prises sur les biens de l'aumosne ou sur les manans du lieu paroissiens, en cas qu'ils n'eussent compétamment et pour y fournir. La ville sera tenue de à la personne faire une maison sur quatre estaques, ainsi qu'a été accoustumé de faire, et, si le patient la veut avoir meilleure, la faire debvra à ses dépens, à la charge après sa mort d'estre bruslée, avec le lit et habillemens ayant servi à son corps (1). »

La charité, vertu absolument chrétienne et inconnue des anciens, qui a pris naissance dans Jésus-Christ, et qui fût le sceau de la rénovation de la nature humaine, n'abandonnait donc pas le malade atteint de cette terrible contagion, épouvantail des populations du moyen-âge et, si la loi civile, si la loi ecclésiastique elle-même prononçaient son exclusion de la société, afin d'éviter la propagation de la lèpre, la charité religieuse le prenait aussitôt sous sa protection. Les maladreries ou léproseries de Saint-Lazare semblent avoir été en Orient les premières maisons de refuge. Elles recevaient les ladres qui, renoncés de leurs proches, périssaient aux carrefours des cités, en horreur à tous les autres hommes. Leur nom même venait de l'ami de Jésus-Christ sous le vocable duquel avait été placé le premier hospice construit dans ce but près de Jérusalem, et qui de Saint-Lazare, dans la langue du moyen âge était devenu Saint-Ladre. Ces maladreries, transportées en Occident depuis les Croisades par l'ordre de Saint-Lazare, étaient, dès le XIIIe siècle, administrées en certaines villes par des prudhommes que désignait l'évêque ou le seigneur (2).

(1) *Cout.* du Hainaut, ch. 135, art. 2. V. aussi le *Nouveau Coutumier général*, t. I, p. 507.
(2) Beaumanoir, t II, p. 327, édit. Beugnot.

Elles étaient placées en dehors des autres habitations, loin du contact et de la circulation des habitants. « Périlleuse cose, dit Beaumanoir, seroit de converser mesias aveques sains, porce que li sain en poent devenir mesel; et por ce furent les maladreries fetes hors des viles. » Plus tard, lorsque la foi fut devenue moins vive, les administrateurs chargés de la gestion des intérêts temporels de ces hôpitaux s'approprièrent la meilleur part de leurs revenus, et un édit d'avril 1561 dut y remédier (1).

Les formalités usitées pour mettre le ladre hors du siècle et le rendre, comme on disait alors, en sa borde, peignent bien l'effroi qu'inspirait la contagion et l'exclusion absolue dont le malade était l'objet. Les statuts synodaux du diocèse de Troyes, publiés en 1430, en donnent le cérémonial complet. Le prêtre célébrait une messe à laquelle le lépreux assistait, séparé des autres fidèles, le visage couvert et « embrunché comme le jour des Trespassez. » Il faisait une offrande à la messe et baisait le pied du prêtre et non la main. A l'issue de l'église, le curé devait « avoir une pele en sa main, et à icelle pele prendre de la terre du cimetière trois fois, et la mettre sur la teste du ladre en disant: « Mon amy, c'est signe que tu es mort quant au monde, et pour ce ayes patience à toy. » La messe chantée, le curé le menait à sa demeure, en procession, avec la croix et l'eau « benoiste. » A l'entrée de la maison, il lui disait : « Amy, tu scez et il est vray que le maistre des deux caves, maistre de la maladrerie de Saint-Ladre de Troyes, par ses lettres présentées à moy comme bien éprouvé de la maladie Saint-Ladre, t'a dénoncé ladre, pourquoy je te deffens que tu ne trépasse ne offense ès articles cy après écrits : 1° que tant que tu seras malade, tu n'entreras en maison nulle autre que en ta borde, ne ne coucheras de

(1) *Anciennes lois françaises*, t. XIV. p. 105.

nuit, ne en moulin tu n'entreras ; 2° que en puits ne en fontaine tu ne regarderas, et que tu ne mangeras que tout par toy ; 3° que tu n'entreras plus en nul jugement ; 4° que tu n'entreras plus en l'église tant comme on fera le service ; 5° quand tu parleras à aucune personne, va au-dessous du vent ; 6° quand tu demanderas l'aumosne, que tu sonnes la tarterelle ; 7° que tu ne voise point loing de ta borde, sans avoir vestu ta housse, et qu'elle soit de quameli, sans avoir couleur aucune ; 8° que tu ne boives en autre vaisseau que le tien ; 9° que tu ayes ton puits ou ta fontaine devant ta borde, et que tu ne puises à autre ; 10° que tu ayes devant ta borde une escuelle fichée sur un droit baston ; 11° que [illegible] ne passes pont ne planche sans avoir mis tes gants ; 12° que tu ne voises nulle part hors. que tu ne puisses retourner pour coucher le soir dans ta borde, sans congié ou licence de ton curé du lieu et de monseigneur l'official ; 13° si tu vas loing dehors par licence, comme dit est, que tu ne voises point sans avoir lettres de ton dit curé, et approbation dudit monseigneur l'official (1). »

Ainsi séparé du reste des humains, le lépreux était réduit pour vivre à ses ressources personnelles. S'il n'en avait pas, il courait risque de périr de faim, car les coutumes, comme celle de Lille, ch. XXXII, qui imposait à sa paroisse d'origine l'obligation de lui fournir des vêtements et certains meubles de première nécessité, le renvoyaient pour le reste aux « aumosnes des bonnes gens. » Encore ne pouvait-il aller quérir des vivres en quelques lieux, à Mons par exemple, que sept ou huit jours par an, et l'ordonnance royale de mai 1413 qui rappelait des défenses antérieures de 1371, 1404 et 1407, lui interdisait

(1) Ragueau, *Glossaire*, v° *service*. V. aussi le *Glossaire* de Du Cange, v° *leprosus* et le rituel de Réginald, archevêque de Reims. (*Origines de la liturgie catholique*, v° *lépreux*.)

en tout temps le séjour de Paris et des autres bonnes villes du royaume, même pour « quester. »

La plupart de ces prohibitions étaient uniquement des mesures d'hygiène, destinées à mettre le lépreux hors d'état de communiquer la contagion. Elles restreignaient sa liberté d'aller et de venir, mais, d'après le droit commun, ne diminuaient pas sa capacité et ne le dépouillaient pas de la jouissance des droits civils. Ainsi « le lépreux, dit la coutume de Hainaut, ch. 135, art. 6, pourra succéder comme autre personne et ses hoirs à lui. » Cependant ce principe comportait des exceptions.

Bien qu'en général la lèpre n'empêchât pas de se marier et qu'elle n'opérât point la dissolution du mariage antérieurement célébré, quelques pays avaient admis une dérogation à cette règle affirmée par Boutillier dans sa *Somme rurale*, liv. II, tit. 8, et, avant lui, par une décrétale du pape Alexandre III, de l'an 1180. Ainsi les *Assises de Jérusalem* nous apprennent qu'au XII[e] siècle le juge ecclésiastique avait le pouvoir d'autoriser la répudiation de l'époux atteint de *ladrerie*, parce que cette maladie rendait la vie commune impossible (1). Les *fors* de Béarn avaient conservé cette disposition pour la femme (2). C'était moins toutefois une répudiation qu'une sorte de divorce par consentement mutuel, que permettait déjà, en cas de lèpre, un capitulaire de Pépin-le-Bref, malgré les prohibitions de l'Eglise.

Le lépreux ne pouvait dans le Beauvoisis être « oy en tesmognage, car coustume s'acorde qu'il soit débouté de la conversation d'autre gens (3). »

On alla plus loin dans le même pays ; on le dépouilla de sa propriété. « Quand aucuns devient mesiax, dit

(1) *Cour des Bourgeois*, ch. 175, p. 118.
(2) Fors de Morlàas, art. 357.
(3) *Coutume du Beauvoisis*, t. II, p. 104.

Beaumanoir, t. II, p. 325, il n'a puis droit en nule propriété d'eritage, ne qui fust siens, ne qui li peust venir de son lignaige. » On lui permit de disposer à sa volonté des meubles et conquêts et du cinquième des immeubles qu'il possédait au moment de l'apparition de la maladie; mais le reste était dévolu à ses parents, ou, à leur défaut, au seigneur. Le ladre était réputé mort: sa succession était ouverte pour le surplus.

De même que le seigneur pouvait confisquer les biens de ses sujets *déconfez*, c'est-à-dire morts après huit jours de maladie sans s'être confessés, de même le seigneur du lépreux prétendit exercer à son égard le droit de mainmorte et l'obliger à se dessaisir des immeubles qu'il tenait de lui. « Li seigneur de qui li heritage sunt tenu, dit Beaumanoir, t. II, p. 326, les poent contraindre qu'il les metent hors de lor main dedens an et jor. Et commence li an, le jor que li commandemens li est fes. » « Dès qu'il sera jugé ladre, répète la coutume de Mons, doit morte-main, comme si la personne fust morte en tel estat; que si iceluy ladre revient en santé, ravoir le devra, et néanmoins après sa mort devra est repris morte-main. » Rien ne s'opposait d'ailleurs à ce que le lépreux donnât ses acquêts et le *quint* de ses immeubles à la maladrerie où il cherchait un asile: « fere le pot, » disait à ce sujet Beaumanoir. Mais, dans ce cas encore, les biens donnés étaient soumis à la mainmorte (1).

La coutume de Normandie, héritière en ceci des usages de la Scandinavie que l'on retrouve aussi chez les Lombards issus du Nord de l'Europe comme les Nor-

(1) D'après les statuts donnés en 1259 par l'évêque du Puy à la maladrerie de Brive-Charansac, les lépreux et donats admis dans la maison devaient, dans le mois de leur entrée, disposer de leurs biens; à défaut de disposition, la maladrerie s'en saisissait, s'ils n'avaient pas d'enfants. Ils pouvaient seulement retenir l'usufruit de ces biens, la propriété restant à l'établissement. (*Revue des Sociétés sav. des départ.*, 6e sér., t. IV, p. 436.)

mands (1), fut plus énergique encore : elle frappa le lépreux de la mort civile, le déclara incapable de succéder même à ses parents les plus proches et lui enleva le droit de disposer de ses biens acquis avant sa maladie, en le réduisant à un simple usufruit (2). Chose curieuse, on retrouve presque les mêmes dispositions encore en vigueur à l'égard des lépreux de Quito, de Madagascar et des îles Sandwich, où ces malheureux sont relégués dans une île, sans communication avec le reste de l'univers et où ils meurent privés de tout secours, sauf ceux que leur donnent les missionnaires de l'Eglise catholique.

La proscription dont la ladrerie était l'objet semblait dès les premiers temps du moyen-âge si rigoureuse et l'erreur sur la maladie pouvait être si fatale, qu'on admettait le *mésel* soupçonné à se faire relever de la dénonciation ou même de l'excommunication dirigées contre lui. Aussi, lorsque l'official d'un évêché avait excommunié un lépreux et ordonné qu'il fût mis hors du siècle, il arrivait souvent qu'en prévision de la résistance de celui-ci, qui pouvait former une demande d'absolution et obtenir, en fournissant la preuve de sa santé, le maintien de son intégrité civile, on exigeait, avant d'exécuter la sentence ecclésiastique, que l'official prît l'engagement de garantir et de supporter tous les dommages-intérêts auxquels le prétendu lépreux aurait droit, s'il était relevé de l'excommunication (3).

A l'extrémité méridionale de la France, dans les vallées de l'Adour et du Gave, au fond du Béarn et du Bigorre, il existait aussi, pendant le moyen âge, une race abâtardie qui était frappée d'une réprobation égale à celle dont le lépreux était poursuivi dans les provinces du centre, et

(1) V. *Lex Rotharis*, lib. II, tit. I, § 3 et tit. XVIII, § 1.

(2) *Grand coutumier* de Normandie, liv. VI, ch. 6 ; *Cout.* réformée en 1583, art. 274.

(3) Simonnet, *Documents inédits*, p. 374.

que la crédulité populaire accusait de propager le germe d'une maladie contagieuse, semblable à la ladrerie, peut-être par cela seul qu'elle la contraignait à ne jamais renouveler son sang par des alliances étrangères. Cette race infortunée, solitaire et maudite était celle des *Cagots*, aussi appelés *Xristiàas* dans les fors de Béarn, art. 65, *Gésitains*, *Gézits*, *Gahets*, *Capots*, *Agots*, *Chiens de Goths* ou *Chasseurs de Goths*, dans les coutumes du Bordelais, *Pellats*, *Cacous* ou *Caqueux* en Bretagne, où elle se rencontrait aussi. Son origine n'est point encore nettement établie, malgré les travaux des Ramond, des Fr. Michel, des Marca, des Cordier, du Dr Cazenave. On l'attribue soit aux Visigoths ariens qui s'étaient cachés dans ces vallées après leur expulsion de la Narbonnaise et de la Septimanie, soit aux Sarrasins demeurés en Gascogne après la défaite d'Abdérame par Charles-Martel. Dans son *Histoire de Béarn*, liv. 1, ch. 16, P. de Marca dit qu'on donna la vie à ces Sarrasins en faveur de leur conversion à la religion chrétienne, d'où leur vint le nom de *Chrétiens*; mais la haine qu'ils inspiraient était si grande qu'on les traita de lépreux ou *Gézitains*, en souvenir d'un certain Giési, célèbre dans l'histoire par sa lèpre. Etaient-ils réellement infectés d'une maladie quelconque? C'est ce que les contemporains n'ont pas pris soin d'établir. Quelques uns même en doutent. Quoiqu'il en soit, on réputait les cagots ladres et on les traitait comme tels. Toutes les fonctions publiques leur étaient interdites. Ils ne pouvaient communiquer avec les autres habitants du pays, contracter des unions avec eux ni vivre sous le même toit. Une place distincte leur était réservée dans les églises: il leur était défendu de s'en écarter et de plonger la main dans l'eau bénite offerte aux autres fidèles. Le parlement de Bordeaux leur avait enjoint de porter sur leurs vêtements une patte d'oie ou de canard, avec une bande d'étoffe rouge, pour les distinguer de la population saine. En cas d'omission ou de désobéissance

à cette injonction, ils étaient battus de verges. Leur relégation dans les lieux écartés n'avait pas même paru suffisante. Ils étaient déshérités d'une partie des avantages de la liberté civile et frappés d'incapacités humiliantes. Les fors de Béarn admettaient le prévenu d'un crime à se justifier au moyen de six cojurateurs, ce qu'on appelait la *main septième*, car il levait la main avec les témoins en signe de son innocence ; quand il ne pouvait produire des garants de condition libre, on l'autorisait à se faire assister de *cagots*; mais il en fallait trente pour que leur caution valût celle de six autres témoins (1). Le cagot ne représentait donc que le cinquième d'un homme ordinaire. La race maudite s'est depuis longtemps éteinte. Mais le nom qu'elle portait est resté dans la mémoire populaire comme un terme de mépris, associé à je ne sais quelle accusation d'hypocrisie religieuse.

(1) Fors de Béarn, rubr. 30, art. 65, p. 29.

TITRE IV

DU DOMICILE

La législation romaine distinguait la cité à laquelle appartenait un individu comme *civis*, *municeps*, de celle où il avait son domicile, où il était *incola*. Pour caractériser ce domicile, elle avait choisi le lieu du principal établissement. C'était là le domicile de droit commun : mais certaines circonstances particulières pouvaient en attribuer un autre, comme une condamnation à la relégation dans une île ou l'obtention d'une dignité, celle de sénateur, par exemple, qui fixait le domicile du titulaire dans la ville impériale, à moins qu'il n'eût obtenu le *liber commeatus*, c'est-à-dire le droit d'avoir, outre son domicile de dignité, un autre domicile général au lieu où il établissait le siège de ses affaires privées. Tout homme devait avoir un domicile, si ce n'est pendant la période de temps qui s'écoulait entre l'abandon d'une première résidence et le choix d'une seconde.

La jurisprudence du moyen-âge n'avait pas, à proprement parler, de théorie spéciale sur le domicile. Elle adopta en principe celle de la loi romaine. Elle disait aussi que le domicile était le lieu où l'on réside, où l'on a fixé son établissement, où se trouve le siège de la fortune. Dans ce sens, il semblait que l'on ne pût en avoir qu'un. Cependant, on reconnaissait diverses sortes de domicile, celui d'origine, celui d'habitation ou de volonté, celui de dignité ou de nécessité, et celui de convention. On pouvait donc avoir à la fois plusieurs domiciles, un de droit, un de fait et un d'élection. Les jurisconsultes

étaient ainsi arrivés à considérer ces différents domiciles soit relativement aux successions, soit relativement au mariage, soit relativement aux charges publiques, aux impositions et aux devoirs des vassaux vis-à-vis de leurs seigneurs, soit aux matières judiciaires, soit enfin aux obligations dérivant des contrats.

Examiné sous ces différents aspects, le domicile donnait lieu à de nombreuses questions qui tiraient pour la plupart leur importance et leurs difficultés de la répartition du territoire sous l'empire d'une multitude de coutumes différentes. Comme le domicile des personnes les assujetissait aux statuts personnels du lieu où il était établi, comme, par conséquent, dans la plupart des cas, le fond et l'existence des droits contestés étaient subordonnés à la question de savoir quelle était la coutume applicable à raison de la résidence des intéressés, on comprend combien la détermination de ce domicile avait de gravité. Les statuts personnels exerçaient en effet leur empire sur les individus qui y étaient soumis par leur résidence non seulement à l'égard de leur personne, mais à l'égard de tous leurs biens, quelque part qu'ils fussent situés. La femme mariée, domiciliée dans le ressort de la coutume de Paris, ne pouvait, sans l'autorisation de son mari, vendre ou acheter des biens, même lorsque ceux-ci étaient placés dans un pays de droit écrit, où cette autorisation n'était point exigée. Un mineur de 20 ans ne pouvait, à Orléans, disposer par testament des immeubles qu'il possédait, alors même que ces immeubles étaient situés dans le midi de la France, où les hommes étaient capables de tester à 14 ans et les filles à 12. Par la même raison, quoique la solution paraisse tout d'abord s'inspirer d'une règle contraire, le partage des meubles de la communauté conjugale se réglait suivant la loi du domicile matrimonial indiqué dans le contrat, bien que les époux eussent transféré ailleurs leur domicile, et le

don mutuel était régi par la coutume du lieu où les conjoints étaient domiciliés au temps de la convention, quoiqu'ils eussent depuis changé de résidence. C'est en ce sens que Dumoulin disait : *primum domicilium semper inspiciendum*. L'idée de domicile résidait donc moins à cet égard dans la résidence que dans l'ensemble des institutions consenties.

Selon les jurisconsultes de l'ancien droit, rien n'était plus difficile que de distinguer les statuts personnels des statuts réels, et en effet cette distinction est peut-être l'une des plus épineuses de la science juridique. Elle l'était surtout à une époque où la loi variait d'un lieu à l'autre avec la coutume. Pour reconnaitre si une loi portait plutôt sur la personne que sur les biens et réciproquement, Bartole avait imaginé la règle suivante. Selon lui, le statut personnel commençait par envisager la personne, comme s'il disposait en ces termes : *primogenitus succedat*. Le réel envisageait d'abord les biens, comme cette disposition : *Bona decedentis veniant ad primogenitum*. Cette distinction équivalait à consulter seulement les mots et la place qu'ils occupaient dans l'acte législatif. Aussi Bouhier s'étonne-t-il avec raison qu'une solution aussi frivole ait pu trouver des partisans, « surtout, dit-il, après que Balde en eût fait voir le ridicule. » Elle ne fut toutefois rejetée qu'au temps de Dumoulin et de d'Argentré, qui la combattirent avec force moqueries (1). Un autre jurisconsulte, Froland, y substitua la définition suivante : « Le statut réel est, dit-il, celui qui concerne les fonds, sans faire attention à ce qui peut intéresser la personne. Le statut personnel est celui qui regarde uniquement l'état de la personne indépendamment et abstraction faite de toute matière réelle. » C'était sans doute un progrès.

(1) Dumoulin, *in Alex. cons.* 16, nº 1, lib. I, et *in Cod.* lib. I, tit. 1 ; d'Argentré, *in ant. consuet. Britan.*, § 218, gl. 6, nºs 14, 24.

Toutefois on ne pouvait appliquer une définition de ce genre aux statuts qui concernaient à la fois la personne et les biens. Aussi Paul Voët en avait proposé une autre: « Le statut réel, disait-il, est celui dont le pouvoir ne s'étend pas au-delà de son territoire, et le personnel est celui qui étend son empire sur les biens de ceux qui lui sont soumis, en quelques lieux qu'ils soient situés. » Rien n'était assurément plus juste, si l'on se bornait à considérer les statuts réels ou personnels dans leurs effets particuliers. Mais la difficulté consistait précisément à faire l'application de cette distinction aux différents cas qui pouvaient se présenter, ce que Voët n'indiquait pas. D'Aguesseau disait de son côté : « Le véritable principe, en cette matière, est qu'il faut distinguer si le statut a directement les biens pour objet, ou leur application à certaines personnes, ou leur conservation dans les familles, en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la personne dont on examine les droits ou les dispositions, mais l'intérêt d'un autre dont il s'agit d'assurer la propriété ou les droits réels, qui ait donné lieu de faire la loi ; ou si, au contraire, toute l'attention de la loi s'est portée sur la personne pour décider, en général, de son habileté ou de sa capacité générale et absolue. Dans le premier cas, le statut est réel ; dans le second, il est personnel. » Il répétait en d'autres termes ce qu'avait dit Froland. Aussi, Bouhier et un jurisconsulte du XVIIIe siècle, dont le nom est bien oublié aujourd'hui, Boullenois, avaient été conduits à proposer un certain nombre de règles d'application, qu'ils avaient surtout empruntées à Dumoulin, à d'Argentré et à Coquille, notamment celles-ci :

1° Tout statut qui concerne des droits incorporels et indivisibles doit être considéré comme personnel ;

2° Tout statut qui est fondé sur une convention tacite et présumée des contractants est personnel;

3° Tout statut qui renferme une prohibition aux personnes qui lui sont soumises, pour cause publique, est personnel ;

4° Tout statut qui concerne les formalités extrinsèques des actes et leur authenticité est personnel ;

5° Le statut personnel qui permet une chose cède au statut réel qui la défend ;

6° Quand le statut personnel du domicile est en concurrence avec le statut personnel de la situation des biens, celui du domicile doit l'emporter sur celui de la situation des biens.

Chacune de ces règles était incontestable, prise isolément, et trouvait sa juste application dans un grand nombre de cas. Toutefois leur ensemble ne constituait pas une théorie générale, qui permît de résoudre toutes les difficultés et de qualifier chaque statut particulier. C'est qu'en effet toute théorie en cette matière ne peut être absolue et qu'il faut se livrer à un examen spécial pour distinguer si une loi doit être considérée comme personnelle dans une espèce, tandis qu'elle est réelle dans une autre. Aussi, la jurisprudence actuelle, qui n'attache pas à cette distinction l'importance que lui attribuait le droit coutumier, après avoir admis que le statut est personnel lorsqu'il règle directement et principalement la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter, et réel lorsqu'il a principalement et directement les biens pour objet, est-elle forcée d'apporter à cette règle certains tempéraments et certaines exceptions. Ainsi elle n'a pas adopté sans réserves le principe en vertu duquel la transmission des meubles possédés par un étranger est soumise à la loi personnelle. Elle n'en fait l'application qu'autant que la nation à laquelle appartient l'étranger qui l'invoque n'applique pas chez elle un principe contraire. S'il en était autrement, la loi française devrait être appliquée, pourvu qu'elle fût avantageuse à nos nationaux.

Comme je l'ai dit plus haut, le domicile qui obligeait les individus aux lois personnelles du lieu où il était établi, pouvait être de plusieurs espèces.

Il y avait d'abord le domicile d'*origine*. Ce domicile était le lieu de résidence du père. Le fils était censé le conserver, même après le décès paternel, tant qu'il n'en avait pas choisi un autre, mais il le perdait, même du vivant de son père, dès qu'il avait fait une autre élection de domicile.

Il y avait ensuite le domicile de *choix* ou d'*habitation*, qui était celui que l'on avait choisi pour sa demeure ordinaire, pour le centre de ses affaires ou de son commerce. L'art. 173 de la coutume de Paris ne se contentait pas à cet égard du fait de l'habitation réelle joint à l'intention : il exigeait en outre que la résidence effective dans le lieu eût duré l'an et jour, lorsqu'on changeait de domicile.

Dans les pays où la coutume ne stipulait aucun délai, il ne fallait au contraire aucun laps de temps pour acquérir le domicile. *Uno solo die constituitur*, disait d'Argentré sur l'art. 449 de la coutume de Bretagne, *si de voluntate appareat.*

Le domicile du mari était celui de la femme, qui ne pouvait en avoir d'autre, tant que subsistait l'union ou que la séparation n'était pas prononcée. Ce n'était pas là, disaient les jurisconsultes, un domicile de choix, mais un domicile de nécessité ou d'état. La femme veuve conservait ce domicile jusqu'à ce qu'elle en eût choisi un autre, qu'elle s'y fût fixée ou qu'elle se fût remariée. Quant à la femme séparée, elle pouvait faire choix d'un domicile qui lui devenait propre.

Le domicile de *dignité* ou de *nécessité* était celui que l'on tenait d'une charge ou d'un emploi dans le lieu où cette charge était exercée, ou d'un bénéfice dans le principal manoir dépendant de ce bénéfice. Les évêques et les curés étaient domiciliés de droit au siège de leur évêché

ou de leur cure (1). Les militaires au contraire n'étaient pas domiciliés au lieu de garnison de leur corps, mais ils conservaient le domicile qu'ils avaient avant d'entrer au service. Les officiers de justice, pourvus d'une charge exigeant une résidence continuelle, avaient leur domicile dans le lieu où ils remplissaient leurs fonctions, après un an et un jour de résidence (2).

Enfin, le domicile *conventionnel* ou *élu* était celui que l'on choisissait, outre le domicile véritable et actuel, pour l'exécution d'un contrat ou pour intenter une action en justice (3).

On pouvait avoir par conséquent plusieurs domiciles, non seulement lorsqu'on cumulait, par exemple, le domicile d'habitation et le domicile de nécessité ou de dignité, mais encore quand on résidait tour à tour en deux endroits différents (4). Cependant cette dernière solution était contestée, et la jurisprudence ne l'admettait que lorsque le fait était clairement prouvé, à titre d'exception (5).

Le changement de domicile avait pour effet de soustraire les personnes à l'empire des coutumes du lieu qu'elles quittaient et de les assujetir à celles du nouveau domicile qu'elles acquéraient. Mais ceci ne s'entendait que sous les réserves que j'ai indiquées plus haut en examinant le statut personnel. En principe, chacun avait le droit de changer de domicile. Toutefois, comme nous le verrons un peu plus loin, dans les premiers temps du moyen-âge, cette faculté d'aller et de venir, de s'établir dans un lieu plutôt que dans un autre était soumise à des

(1) Ferrière, *Grand coutumier de Paris*, t. II, p. 1297 ; Bouhier, t. I, p. 648.

(2) *Arrêtés* de Lamoignon, tit. I, art. 17.

(3) *Cout.* de Paris, art. 360 ; ord. de 1667, tit. XXXIII, art. 1.

(4) Favre, Cod., *de sacrosanct. eccles.* et l. 27, § *celsus* ff. *ad municip.*

(5) Brodeau sur Louet, lettre C, som. 17.

entraves et à des conditions. D'une part, d'après l'art. 6 du titre *de la mainmorte* de la coutume de Bourgogne, l'homme franc qui allait demeurer en un lieu de mainmorte et y tenait feu et lieu pendant un an et un jour consécutivement, en payant au seigneur les devoirs seigneuriaux, devenait mainmortable, lui et sa postérité. C'était là une première entrave qui altérait sa condition et restreignait considérablement la liberté du choix du domicile. De l'autre, l'homme qui s'absentait pendant le même temps de la terre sur laquelle il était fixé et où il avait acquis des franchises, ou qui même ne revenait pas à des époques déterminées dans l'année, perdait tout droit aux franchises locales. Dans certains lieux, on allait jusqu'à le dépouiller de la propriété de ses meubles qui étaient confisqués par le seigneur ou par la communauté. Lorsque ces rigueurs eurent fait place à une législation plus humaine, lorsque le roi seul se fut réservé le droit d'aubaine, la jurisprudence n'hésita plus à regarder comme un droit naturel la liberté de changer de domicile pour le majeur qui n'était pas serf (1). Mais cette translation exigeait, comme dans le droit romain, le concours du fait et de la volonté. Aussi, quelques marques qu'un individu ait données de son intention de transférer son domicile d'un lieu dans un autre, quelques motifs qu'il ait eus pour opérer ce changement, il ne perdait pas son premier domicile, s'il n'avait effectivement établi sa résidence dans le lieu choisi par lui pour le second.

A cet égard, la manifestation de la volonté devait être certaine. On ne pouvait se contenter de preuves équivoques. Plusieurs coutumes, comme celle de Paris, la faisaient résulter de l'habitation pendant un an et jour dans la seconde résidence. Mais, à défaut d'autre déclaration formelle, les jurisconsultes ne se contentaient pas de ce

(1) Bouhier, *observ.* sur la coutume de Bourgogne, ch. XXII.

fait (1) et exigeaient ce qu'ils appelaient une preuve plus pressante. Lorsque la volonté de changer de domicile ne s'était pas révélée par un acte positif, la résidence dans un lieu ne faisait présumer la translation de domicile que lorsqu'elle y avait été maintenue pendant dix ans (2). Parmi les actes dont on concluait une volonté manifeste, on admettait l'achat d'immeubles dans le lieu de la seconde résidence ou l'aliénation de ceux que l'on possédait dans la première. Par conséquent, l'habitation dans un lieu n'y constituait pas de plein droit, à elle seule, le domicile. Ainsi, lorsque la cause qui l'avait déterminée était passagère, comme un emploi amovible, l'exil, la domesticité, la détention, des études faites à une université, quelque long séjour que l'on ait fait dans ce nouveau lieu, on était censé avoir conservé son domicile primitif, même dans le cas où l'on serait mort dans la seconde résidence sans être jamais retourné dans la première, à moins que l'on ait conservé cette résidence après la cessation de la cause du déplacement.

Un mineur ne pouvait transférer son domicile à son gré, sauf dans les cas suivants : 1° lorsqu'il se mariait, du consentement des personnes sous la puissance desquelles il se trouvait ; dans ce cas, le domicile des époux était le lieu où le mariage avait eu lieu ; après son union, qui l'émancipait, il pouvait transférer son domicile où bon lui semblait ; 2° lorsqu'il était pourvu d'un bénéfice ou d'une charge inamovible exigeant résidence perpétuelle. Son domicile était alors le lieu du bénéfice ou de la charge. 3° Lorsque, du consentement des personnes en puissance de qui il était, il formait un établissement commercial, le centre de son commerce devenait le lieu de son domicile. Mais le changement de domicile du mineur n'apportait

(1) Dumoulin, *in Alex. cons.* 166, lib. 7, n° 4 ; Menoch., *de arbitr.*, cas. 86, n° 15 ; Bouhier, t. I, p. 650.

(2) Loi 2, Cod., *de incol.*; *anc. cout.* de Bretagne, art. 119.

aucune modification à son état personnel, sauf en ce qui concernait sa résidence. Par suite, si son domicile d'origine était fixé dans un lieu dont la coutume lui interdisait de tester avant 20 ans, il ne pouvait acquérir la liberté testamentaire en s'établissant dans un pays de droit écrit ou dans un lieu régi par une coutume où les mineurs avaient droit de tester à 14 ans. Cette règle ne fléchissait même pas lorsqu'il suivait son père dans un nouveau domicile, où la coutume lui aurait accordé ce droit, s'il y avait pris naissance.

Le mineur était réputé domicilié dans le lieu où son père était mort et non dans celui où résidait son tuteur (1). En conséquence, un mineur qui, à la mort de son père domicilié à Paris, tombait sous la tutelle d'un Lyonnais, ne pouvait tester avant l'âge fixé par la coutume de Paris. Il ne faisait pas en effet partie de la famille de son tuteur et, s'il résidait chez lui, n'y était qu'à titre d'étranger et pour le temps de la tutelle seulement. Toutefois, s'il y avait lieu de lui donner une assignation, il était nécessaire de la lui signifier au domicile du tuteur (2).

Si le mineur était censé domicilié dans le lieu où son père était décédé, il n'en était ainsi qu'autant que sa mère survivante, sous la puissance de laquelle il se trouvait, ne jugeait pas à propos de transférer sans fraude son domicile dans un autre lieu, car le domicile de la mère, chef de la famille en remplacement du père, avait le droit de communiquer son domicile à ses enfants mineurs. Je dis *sans fraude*, c'est-à-dire que la translation légale n'aurait pas eu lieu, si le domicile n'avait été changé que pour se procurer des avantages dans les successions mobilières des enfants, et par conséquent sans un

(1) D'Argentré, sur la *cout.* de Bretagne, art. 449, 458 ; Legrand sur Troyes, § 21, gl. 1, n° 7.

(2) Davot, *Traité de droit français*, t. I, p. 428.

motif légitime. Mais lorsque la mère venait à se remarier et qu'elle acquérait un nouveau domicile en passant dans celui de son second époux, ses enfants n'acquéraient pas ce domicile avec elle ; ils conservaient celui qu'elle avait avant la seconde union (1).

Lorsqu'un homme avait deux résidences dans lesquelles il allait séjourner alternativement, et qu'en dehors de toute preuve manifestant sa volonté de choisir son domicile entre ces deux résidences, on hésitait sur le point de savoir à laquelle il convenait d'attribuer le caractère de domicile, d'Argentré recommandait de donner la préférence à celle dans laquelle l'homme avait fait le plus long séjour, où il laissait sa femme en son absence, ou bien à celle où il se rendait d'ordinaire avec sa famille pour faire ses Pâques. Si aucune de ces circonstances ne pouvait être relevée, on considérait comme son domicile celle des deux résidences qu'il avait habitée la première.

La détermination du domicile avait une grande importance dans l'ancien droit, soit au point de vue des conventions, soit à celui des actions judiciaires, soit au point de vue du mariage, soit à celui des successions. Il n'y a pas lieu de s'occuper des deux premiers, puisqu'à leur égard le droit coutumier n'avait pu formuler d'autres règles que le droit moderne. Mais il convient de s'arrêter quelque peu sur les effets du domicile, quant aux successions et au mariage.

En matière de succession, les immeubles suivaient la loi du territoire dans lequel ils étaient situés. Cela ne pouvait soulever aucune difficulté. Mais il n'en était pas de même en ce qui concernait les meubles, qui suivaient la personne et se trouvaient par conséquent régis par la loi du domicile du défunt. Or, à leur égard, les coutumes variaient étrangement. D'après l'une, le mobilier se par-

(1) Pothier, *Introd. génér. aux coutumes*, nos 18, 19.

tageait également entre tous les héritiers ; d'après une autre, il était attribué aux parents paternels, à l'exclusion des parents maternels ; ailleurs, il supportait toutes les dettes ; un peu plus loin, il n'en était tenu qu'au prorata de la succession. Dans une contrée, le défunt pouvait disposer de tous ses meubles ; dans une autre, il ne lui était permis d'en laisser qu'une partie. Il était donc nécessaire de fixer exactement le domicile du *de cujus*, j'entends son domicile légal, qu'il ne faut pas confondre avec une simple résidence, le mobilier qu'il possédait dans celle-ci étant placé sous l'empire de la coutume du domicile de droit.

En ce qui concernait le mariage, la détermination du domicile n'avait pas une moindre importance, l'union conjugale ne pouvant être valablement célébrée que par le curé du domicile des parties. D'après l'édit de mars 1697, le domicile à considérer pour la publication des bans et l'administration du sacrement était fixé par une résidence d'un an pour les parties qui avaient changé de diocèse et par un séjour de six mois seulement, si elles s'étaient bornées à changer de paroisse dans la circonscription du même diocèse. La publication des bans suffisait dans la paroisse du domicile de fait, parce que c'était dans ce lieu que les parties étaient le mieux connues. Lorsque celles-ci avaient deux domiciles de fait, la publication avait lieu dans les deux paroisses et la bénédiction nuptiale était donnée par le curé du lieu où la partie avait fait la communion pascale. On devait également publier les bans des mineurs de 25 ans, à la fois dans le lieu où ils résidaient de fait et dans celui du domicile de leurs pères et mères ou tuteurs et curateurs.

Le domicile matrimonial se contractait ou par une convention expresse et les soumissions des parties ou par une volonté présumée sur le domicile effectif du mari, au temps et à raison du mariage. Lorsque le mari avait

changé de domicile après l'union, les droits de sa femme étaient réglés par la loi du domicile existant au moment du mariage. Celle-ci réglait la dissolution de la communauté, et il en était de même lorsque des conjoints mariés dans une coutume de communauté allaient demeurer sous une coutume opposée (1). Par application du même principe, on décidait en Bourgogne, comme nous l'avons vu plus haut, et malgré les termes de l'art. 94 de la coutume, que la femme franche, mariée à un homme franc, qui allait demeurer dans un lieu de mainmorte, ne devenait pas mainmortable (2). Mais la coutume du domicile matrimonial n'était plus suivie lorsqu'il s'agissait de régler les intérêts des tiers. Ainsi, la femme mariée en Nivernais, dont la coutume décidait que la renonciation de la veuve à la communauté conjugale la déchargeait des dettes auxquelles elle s'était personnellement obligée avec son mari, ne pouvait user de ce bénéfice lorsqu'elle transportait son domicile en Bourgogne, où la renonciation à la communauté ne produisait pas le même effet. Elle était soumise en ce cas à la coutume du lieu où elle était venue s'établir postérieurement au mariage. Par la même raison, une femme mariée sous l'empire d'une coutume où elle ne pouvait s'obliger pour son mari, ni conjointement avec lui, conformément au sénatus-consulte Velléien, acquérait cette faculté par la translation de son domicile dans un lieu dont la coutume autorisait ces engagements, alors même que son contrat de mariage lui défendait de s'obliger pour son époux (3).

On pourrait multiplier ces exemples. Ceux-ci suffisent pour démontrer que, sauf dans les cas où les coutumes avaient dû respecter l'organisation de la féodalité, elles

(1) Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourg.*, ch. XXII.

(2) Dunod, *de la mainmorte*, p. 60; Bouhier, t. I, p. 640.

(3) Boullenois, *des démiss.*, quest. 6, p. 135 ; Froland, *Mém. sur le Velléien*, part. I, ch. 12, 13 et part. II, ch. 9.

avaient en général adopté les règles du droit romain sur les caractères et les effets légaux du domicile. La loi 7 C. *de incolis*, la loi 31 ff. *ad municip.*, dont Domat a fait un si grand usage dans son *Traité du droit public*, et qu'avant lui Dumoulin invoquait sans cesse sur les questions d'habitation, ont également servi de guides aux adversaires les plus opiniâtres de la loi romaine, comme d'Argentré. Pothier n'en a guère consulté d'autres dans son *Introduction générale aux coutumes* et la jurisprudence des parlements, d'accord avec les grandes ordonnances, s'y est constamment rattachée. Il ne faut donc pas s'étonner que les principales dispositions de ces lois se retrouvent presque toutes entières dans le code civil. Ce code a même moins innové qu'on serait disposé à le croire en exigeant une déclaration expresse pour le changement de domicile. La nécessité de cette déclaration résultait implicitement, dans l'ancien droit, de ce vœu d'une manifestation formelle de volonté jointe au transport réel de l'habitation dans un autre lieu, vœu exprimé par tous les commentateurs des coutumes. La déclaration expresse n'est pas d'ailleurs la condition *sine qua non* de la translation de domicile. Le législateur moderne a pris soin d'ajouter qu'elle peut être suppléée par la preuve de l'intention, preuve qui dépend des circonstances. C'est là cette *volonté marquée* que les anciens jurisconsultes exigeaient pour justifier la translation et pour lui reconnaître des effets légaux.

J'aurais terminé ici cette revue rapide des dispositions de notre ancien droit à l'égard du domicile, si je ne devais la compléter par quelques indications sur le domicile *conventionnel* ou *élu*, qui avait des règles spéciales. La faculté d'élire domicile était, dans notre ancien droit, relativement récente. La première trace que nous en rencontrions se trouve dans l'art. 23 de l'ordonnance rendue en août 1539, à Villers-Cotterets, qui portait: « Tous plaidants et litigants seront tenus, au jour de la

première comparution, en personne ou par procureur suffisamment fondé, déclarer ou élire leur domicile au lieu où les procès sont pendants, autrement, faute de ce avoir duement fait, ne seront recevables et seront déboutés de leurs demandes, défenses ou oppositions respectivement. » C'était une heureuse innovation. Elle avait pour but d'activer la procédure et le jugement des contestations en autorisant les parties à se signifier réciproquement leurs actes et leurs pièces au domicile dont elles avaient fait spécialement choix à cet effet.

Dès qu'il eût été découvert, le moyen parut bon et fut étendu à d'autres cas. Au nombre des difficultés les plus grandes que rencontrait l'instruction des procès dans un temps où les mœurs étaient encore violentes et brutales, il fallait ranger la signification des assignations aux grands vassaux, aux nobles châtelains qui, du haut de leurs maisons-fortes, défiaient les sergents chargés de leur notifier les mandements de justice et se faisaient souvent un jeu de leur couper les oreilles ou de les jeter par la fenêtre, lorsqu'ils parvenaient à pénétrer jusqu'à eux. Pour mettre les sergents à l'abri de périls qui rendaient difficile le recrutement de ces agents d'exécution, on commenca par les autoriser à se dispenser de signifier leurs exploits à la personne même de ces rudes barons qui se renfermaient dans leurs forteresses, et à attacher ces exploits soit à la porte, soit aux palissades et aux barrières qui protégeaient l'*huis* féodal, *in palio*. Mais cette autorisation ne parut même pas bientôt suffisante ; les Etats généraux exprimèrent le vœu qu'on prît des mesures plus énergiques ou plus efficaces, et, sur les remontrances du clergé assemblé à Melun, un édit de février 1580, art. 32, ordonna que toutes personnes ayant seigneuries ou maisons-fortes et autres de difficile accès, seraient tenues d'élire domicile en la plus prochaine ville royale de leur résidence ordinaire, où les exploits leur

seraient valablement signifiés. Cette disposition fut renouvelée par l'art. 15 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, qui confirma d'ailleurs l'art. 2 de celle de Villers-Cotterets. L'édit de 1667 exigea en outre, par les articles 1 et 19 de son titre 33, que « tous exploits de saisie-exécution de meubles ou choses mobilières contiendroient élection de domicile du saisissant dans la ville où la saisie-exécution seroit faite, et que si la saisie-exécution n'étoit faite dans une ville, dans un bourg ou dans un village, le domicile serait élu dans la ville ou le village le plus prochain. » Il en était à plus forte raison ainsi lorsque la saisie était réelle. Toutefois, quand cette saisie était pratiquée pour deniers royaux, il suffisait d'élire domicile au bureau des préposés du fisc (1).

Les ordonnances qui suivirent celles de 1667 ne firent que multiplier les cas d'élection de domicile. Elles étendirent la nécessité d'en élire un au cas de contrainte par corps, pour les écrous et les recommandations faites par les créanciers ; à celui où l'on requérait l'exécution d'un décret ou saisie immobilière ; au cas de publication de monitoires, pour ceux qui s'opposaient à la publication de ces actes ecclésiastiques (2) ; aux saisies pratiquées à Paris sur des meubles et aux oppositions faites à ces saisies (3) ; enfin aux actes de procédure faits dans les élections et greniers à sel (4). Dans tous ces cas, l'élection de domicile avait pour effet de déterminer la compétence du juge du lieu

(1) Edit de mars 1668, art. 2. Un autre cas d'élection de domicile avait été précédemment introduit dans la coutume de Paris, sur la demande des députés des trois ordres rassemblés pour donner leur avis sur la réformation de cette coutume en 1580. L'art. 360 prescrivit « aux opposants aux criées d'élire domicile dans la ville ou le lieu des poursuites, de déclarer la rue et l'enseigne ou autre marque publique et certaine, pour être appelés à la distribution du prix. »

(2) Ord. criminelle de 1670.

(3) Edit de janv. 1685.

(4) Déclar. du 17 fév. 1688, art. 7.

où le domicile avait été élu. Elle ne cessait pas ses effets par la mort de la partie qui l'avait faite, bien qu'un arrêt contraire l'ait décidé en 1700 (1).

Outre les cas où la loi imposait l'obligation d'élire un domicile, les parties avaient la faculté de choisir un domicile spécial pour certains actes ou l'exécution de certains engagements. C'était à ce domicile que l'on donnait plus particulièrement le nom de domicile *conventionnel*, parce qu'il résultait d'une convention. Il n'entraînait pas attribution de juridiction au tribunal du lieu où il avait été fixé, ce qui eût permis aux parties de choisir leurs juges, et par conséquent de se soustraire à leur juridiction naturelle, à celle de leurs seigneurs ou de leur communauté (2). Le décès de la partie qui l'avait élu ne permettait pas à ses héritiers de l'invoquer ou de s'en prévaloir. Toutefois, cette solution était contestée. En tout cas, la signification faite au domicile élu ne dispensait pas d'énoncer le domicile réel des parties.

(1) Denisart, v° *domicile*, § 7.

(2) Ferrière, v° *domicile conventionnel*.

TITRE V

DES ABSENTS

I. *Définition et cas de l'absence.* — L'éloignement de la patrie peut avoir des causes multiples qui deviennent de plus en plus nombreuses à mesure que se développent les relations entre les peuples, les moyens de communication et les progrès de la civilisation. Il n'est donc peut-être pas de matière juridique qui ait, plus que l'absence, subi l'influence des mœurs et sur laquelle se soient mieux reflétés les changements apportés par le temps dans la condition des personnes. La jurisprudence a dû, à cet égard, suivre la marche des sociétés ; à mesure que ce fait de l'absence, qui n'est pas normal, mais accidentel dans la vie de l'homme, s'est répété sous ses yeux, elle a dû l'étudier dans ses formes et ses conséquences pour en tirer des règles plus ou moins précises : les solutions particulières ont ainsi lentement, mais sûrement contribué à préparer des décisions générales et, si le droit coutumier n'est point arrivé sur ce point à une théorie complète, que le droit romain, uniquement préoccupé de l'absence des militaires, n'avait pas lui-même possédée, il peut du moins revendiquer l'honneur d'avoir, après bien des hésitations et des erreurs même, préparé la rigueur et la netteté de la doctrine moderne.

L'absent, dit un écrivain de l'ancien droit qui emprunte à cet égard la définition romaine, est celui qui n'est pas dans le lieu de sa résidence ordinaire, c'est le *despaïsé*,

l'absent du *pagus*. Cette définition caractériserait mal l'état de celui que, dans le langage de notre droit actuel, nous appelons l'absent, si elle n'était immédiatement complétée. C'est cependant la seule que donnent les coutumes. Celle de Paris, art. 116, de Meaux, art. 8, de Melun, art. 170, de Calais, art. 208 se l'approprient dans cette formule générale qu'a résumée Loysel : « Ceux qui sont demeurans en divers bailliages royaux sont tenus pour absens. ».

Comment ! l'absence consisterait à posséder diverses résidences en des bailliages différents ? L'homme qui transporte sa demeure dans le ressort d'une autre justice serait réputé absent ? Hâtons-nous de le dire : il n'en était rien et la concision de la formule était la seule raison de son équivoque. Ceci ne s'appliquait qu'en matière de prescription. D'après le droit romain, la présence ou l'absence s'estimait, quand il y avait lieu à prescription, selon les provinces où les parties avaient leur domicile : si elles habitaient la même province, le même évêché, elles étaient réputées présentes l'une relativement à l'autre ; si au contraire l'une résidait dans une province différente de celle où demeurait l'autre, on les regardait comme absentes. De même, dans le droit coutumier, on considérait comme présentes les personnes qui demeuraient dans le même bailliage ou la même sénéchaussée, bien que la chose à prescrire fût située ailleurs, et l'on réputait absentes celles qui avaient leur domicile dans des bailliages différents. Par suite, on devait distinguer plusieurs sortes d'absence. Les jurisconsultes anciens énuméraient ces divers cas en traitant séparément de l'absence des officiers du roi, de l'absence des gens de guerre, de l'absence en matière canonique et bénéficiale, de l'absence en matière criminelle, de l'absence en matière de succession, de l'absence en matière de prescription, de l'absence en matière de fief ou de mainmorte.

Nous avons vu que l'absence du royaume ne faisait

encourir aucune incapacité, lorsqu'elle n'était pas accompagnée d'un établissement permanent et certain en pays étranger (1). En quittant son pays natal, le citoyen faisait usage de sa liberté et ne pouvait être regardé comme ayant contrevenu aux lois. Ainsi l'absent succédait à ses parents, pourvu qu'il fût catholique romain et qu'il revînt fixer sa résidence dans le royaume. S'il restait sous une domination étrangère, il perdait ses droits successifs. Son établissement définitif et sans esprit de retour à l'étranger, à défaut du consentement de l'autorité souveraine ou sa naturalisation le rendait même, comme on l'a vu plus haut, passible d'une peine très grave, puisqu'outre la confiscation de ses biens, il encourait les galères perpétuelles, aux termes de la déclaration du 31 Mai 1685 (2).

(1) Poullain-du-Parc, *Principes de droit français*, t II, p 43.

(2) Dans le droit coutumier primitif, on se montrait plus sévère encore à l'égard de l'homme qui s'absentait de sa demeure. Il n'était pas besoin d'un établissement permanent et sans esprit de retour dans un autre lieu pour lui faire perdre son domicile et les droits qui y étaient attachés. Il suffisait qu'il fût absent un an et un jour pour qu'il fût réputé avoir renoncé à ces droits. Cela tenait à cette idée que pour participer aux franchises d'un lieu, il fallait participer également à ses charges et que l'homme d'un seigneur, le membre d'une communauté ne pouvait se soustraire impunément aux obligations qu'il contractait par le fait de sa sujétion ou de son association. En Bourgogne et dans tous les pays féodaux cette règle était invariablement rappelée dans les chartes de coutume ou d'affranchissement. D'après celle de Digoine, les biens de l'absent pour forfait ou délit étaient gardés pendant un an et un jour par les prudhommes. Après quoi, ils lui étaient rendus s'il revenait. En cas contraire, ils appartenaient au seigneur. (Garnier, *Chartes d'affranchiss*. t. II, p. 188.) D'après celles de Saulx-le-Duc, de 1216 et 12?0, l'homme qui s'en allait dans une autre seigneurie ne pouvait réclamer aucun héritage situé sur les terres du seigneur de Saulx (Garnier, *op. cit.*, t. II, p. 262.) Cependant, s'il prenait congé, il pouvait emporter ses meubles (Id. p 265.) Mais il n'avait le droit de s'absenter avec sa mesnie que jusqu'à la veille de la Saint-Rémy, et était tenu de revenir alors, s'il ne voulait perdre sa franchise (Id.). A Verdun sur le Doubs, le seigneur avait la libre disposition des biens de ceux qui abandonnaient le lieu, mais après un an et un jour d'absence seulement. (*Charte de franchise* de 1234 ; Garnier, *op. cit.*. t. II, p. 145)

Ces rigueurs disparurent plus ou moins vite avec le régime féodal et il ne subsista plus, après sa chûte comme institution politique, que les prohibitions édictées par les ordonnances royales.

L'absence hors du royaume des officiers du roi, ou des personnes revêtues de charges publiques, qui se transportaient à l'étranger, en vertu d'ordres royaux, n'entraînait nulle incapacité. Bien au contraire, elle créait à leur profit certains privilèges. Ainsi, ils étaient exempts des prescriptions ordinaires. D'après l'ordonnance de 1667, art. 27, les délais d'appel ne couraient pas contre eux et ils avaient un an, au lieu de six mois, pour former une requête civile contre les arrêts, ou six mois contre les jugements en dernier ressort. Ce délai courait à partir de la signification faite à leur domicile.

En matière criminelle, les absents pouvaient être poursuivis comme en matière civile, même pour crimes capitaux, ce qui était contraire à la loi romaine. L'accusé absent, condamné à mort, était présumé vivant ; mais il devait se représenter dans le délai de cinq années à partir de l'exécution de la sentence par contumace, sous peine de voir exécuter les confiscations, amendes et condamnations pécuniaires prononcées contre lui, comme si elles avaient été contradictoires. Après ce délai, il était tenu d'obtenir du prince des lettres qui l'autorisassent à se présenter en justice.

En matière bénéficiale, le défaut de résidence ne privait pas le bénéficier de son bénéfice, à moins que celui-ci n'eût été déclaré vacant après trois ajournements donnés de deux en deux mois. Mais il enlevait aux chanoines les gros fruits de leur canonicat, si l'absence se prolongeait pendant un trimestre, à moins qu'elle ne fût réputée légitime, comme celle des chanoines évêques, grands-vicaires, agents du clergé et de ceux qui allaient plaider contre leur chapitre.

En matière de fief et de mainmorte, les règles variaient selon les cas. D'après l'art. 1 du titre *des fiefs* de la coutume de Bourgogne, le seigneur dominant, auquel était dû l'hommage, n'était pas censé absent s'il était au pays,

c'est-à-dire dans le duché. Au contraire, lorsqu'il s'agissait de mainmorte, pour la validité du désaveu, il suffisait que le seigneur fût hors du bailliage (1). Dans le cas d'abandon d'héritages de mainmorte, on réputait absent celui qui ne se trouvait pas sur le lieu même ou dans l'étendue de la seigneurie.

II. *Effets de l'absence.* — Les effets de l'absence en matière de *mainmorte* étaient spécialement réglés par l'art. 22 du tit. IX de la coutume de Bourgogne. Si le mainmortable s'absentait de la seigneurie et abandonnait ses héritages sans culture, le seigneur était autorisé à mettre des cultivateurs à sa place et à faire les fruits siens pendant dix ans. Dans le cas où le mainmortable revenait pendant ces dix années dans la seigneurie, il reprenait son héritage sans en répéter les fruits. Mais, passé ce délai, le seigneur avait le droit de reprendre la terre et d'en disposer comme bon lui semblait. Un jugement n'était pas nécessaire pour lui adjuger cette propriété. Il en devenait maître de plein droit, à moins de contestation. La coutume n'admettait d'exception à cette règle que dans le cas où l'absence de l'homme de mainmorte avait eu une cause légitime ou plutôt avait été occasionnée par la force majeure, comme par une guerre continuelle ou la peste (2). Dumoulin, qui adopte le principe, fait remarquer à cet égard que *per lapsum decennii præsumitur absens desiisse habere animum redeundi.*

A l'égard de la *prescription*, l'absence produisait aussi des effets particuliers, comme en droit romain. En général, les coutumes admettaient qu'elle faisait doubler la durée de la prescription *longi temporis*, soit que l'absent n'eût jamais résidé dans le pays où se trouvait la chose à prescrire, soit qu'après y avoir demeuré, il l'eût quitté

(1) *Cout.* de Bourgogne, tit. des *mainmortes*, art. 9.

(2) *Cout.* du comté de Bourgogne, art. 11 ; Talbert, notes 2 et 3

pour un certain temps. Cette règle était notamment formulée par les art. 113 et 114 de la coutume de Paris. Les prescriptions de dix ans entre présents étaient donc portées à 20 ans entre absents. Toutefois, à Lille, l'absence ne produisait cet effet qu'à l'égard des personnes domiciliées dans la châtellenie de Lille qui venaient à s'absenter, et l'on prescrivait contre toutes les autres, qu'elles fussent présentes ou absentes, par le même laps de temps. La coutume de ce lieu, art. 4, tit. 17, avait donc restreint le privilége en vertu duquel on ne pouvait prescrire contre les absents par le même délai que contre les présents, au cas seul où la prescription était invoquée contre les habitants de la châtellenie, et elle allait même plus loin, puisqu'elle ajoutait : « dort la prescription pendant ce temps, » c'est-à-dire que la prescription était suspendue durant toute l'absence. Au surplus, il ne s'agissait, pour les autres coutumes, que de doubler la prescription de dix ans, car les absents encouraient comme les présents celle de trente ans (1), celle de vingt ans pour crimes (2), celle de cinq ans pour les arrérages des rentes (3), et toutes les autres prescriptions de courte durée (4).

Quoique ni les coutumes ni leurs commentateurs n'aient distingué diverses périodes dans l'absence, il nous parait nécessaire d'adopter la division faite par le code civil, afin de déterminer les effets de cette absence.

A. *Période de présomption d'absence.* — Lorsqu'une personne a disparu de son domicile sans donner de ses nouvelles, le fait seul de sa disparition ne fait pas présumer qu'elle est décédée ou qu'elle a perdu tout esprit de retour ; il y a donc lieu de veiller à ce que ses intérêts ne

(1) *Cout.* de Lorraine, tit. 18, art. 1 ; Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. 7, sect. 3.

(2) Davot, liv. III, traité II, *des prescript.*, § 20.

(3) *Id.*, liv. II, traité VII, *des rentes*, § 2.

(4) Loysel, liv. V, tit. 3, § 11.

souffrent pas de son éloignement. Le premier devoir des intéressés était de rechercher si elle avait ou non laissé une procuration avant son départ. Dans le premier cas, ses biens étaient administrés par le procureur fondé jusqu'au moment de l'envoi des héritiers en possession. Dans le second, l'usage était de provoquer la nomination d'un curateur qui prenait la gestion des biens et en rendait compte à l'absent ou à ses héritiers, selon que le premier revenait ou non avant l'envoi en possession des seconds. D'après Legrand, sur la coutume de Troyes, ce curateur devait être le plus proche parent de l'absent. Sa nomination était nécessaire, à défaut d'un procès-verbal de perquisition, lorsqu'il y avait eu une assignation donnée à l'absent avant l'envoi en possession. Cependant, pour éviter que l'on rendit ainsi des jugements contradictoires contre l'absent, dont la défense pouvait être mal présentée par le curateur, l'ordonnance de 1667, tit. 2, art. 8, abrogea cette formalité de la curatelle au procès et prescrivit d'assigner le non présent à son dernier domicile. Dans les liquidations, comptes et partages, il était d'usage, au châtelet de Paris, de faire représentèr l'absent par un membre du ministère public. Les rédacteurs du code ont substitué un notaire à l'officier du parquet. Ils ont également fait disparaître la curatelle en cas de présomption d'absence, et cela avec raison, car la curatelle exigeait la confection d'un inventaire, qui livrait à la publicité les affaires de l'absent.

B. *Période de déclaration d'absence. Envoi en possession provisoire.* — Il était universellement reconnu, en principe, que la longue absence ne suffisait pas pour faire présumer la mort. Régulièrement donc, celui qui voulait recueillir la succession d'un absent, devait justifier de son décès (1). Néanmoins, lorsqu'un temps assez long

(1) Favre, Code, *de oblig.*, déf. 2 et *de prob.*, déf. 2; Ricard, *des dispos. condit.*, traité 2, ch. 5, sect. 4.

s'était écoulé depuis la disparition de l'absent et que l'on pouvait raisonnablement supposer sa mort, les coutumes permettaient le partage provisionnel de ses biens entre ses héritiers présomptifs, qui donnaient alors caution de les restituer avec les fruits, en cas de retour de leur auteur.

Mais comment évaluer le laps de temps *raisonnable?* Tout le monde admettait, à l'origine, que l'absent était présumé vivre jusqu'à cent ans, c'est-à-dire jusqu'au terme le plus reculé de la vie humaine. Cette règle était empruntée à divers textes de l'Ecriture sainte et des lois romaines, assez mal compris d'ailleurs ou détournés de leur application véritable (1). La présomption de vie ne dépassait ce terme que pour former obstacle au second mariage de l'époux présent. Cette présomption toutefois avait reçu des tempéraments de la doctrine et de la jurisprudence. Ainsi on ne l'admettait pas en cas de disparition subite ou d'accident, lorsque l'absent n'avait pas reparu après une bataille à laquelle il avait assisté, après le départ d'un vaisseau dont on n'avait plus reçu aucune nouvelle ou après le naufrage de ce bâtiment. Il était réputé mort du jour de sa disparition (2), de l'accident, de la bataille, de son embarquement, du naufrage constaté. Pour détruire cette dernière présomption, il était nécessaire de fournir une preuve certaine de la survie de l'absent, preuve qui était à la charge de la partie intéressée à la faire admettre (3).

En dehors de ces cas spéciaux, dans l'intérêt de cet absent lui-même, dont les biens avaient besoin d'une ad-

(1) Ecclésiast., c. 18, vers. 8; Gaius, l. 56, ff. *de usuf. et quemad.*; l. 8, *de usu et usufr.*; Justin., l. 23, cod., *de sacros. eccl.*, nov 117; Denisart, *Dict.*, v° *absent*; Bretonnier, *Quest. de dr*, *absents*, ch. 4.

(2) Arrêts du parlement de Rouen, des 13 août 1736 et 10 août 1762.

(3) Poullain-du-Parc, *Princ. de dr. franc.*, t. II, n° 2.

ministration vigilante, qui ne pouvait être mieux confiée qu'aux héritiers eux-mêmes, on arriva donc, malgré la résistance de quelques auteurs isolés, à reconnaître que la présomption de vie ne s'opposait pas à un envoi en possession provisoire des héritiers après un laps de temps plus ou moins long. Seulement, le droit coutumier ne parvint pas à fixer une règle uniforme; celles des coutumes qui s'étaient prononcées à cet égard variaient étrangement sur le délai. Dans le Hainaut, il était de trois ans. Dans le Maine, dans l'Anjou et à Valenciennes, il était de sept années. Dans le ressort du parlement de Toulouse, on exigeait neuf ans et dix en Bretagne. La coutume de Liège, qui réputait mort l'absent après quarante ans d'absence (1), autorisait les plus proches héritiers à prendre la garde des biens dès le commencement de l'absence, sous la seule condition de fournir caution et de prêter serment de les administrer fidèlement. Quant aux pays dont les coutumes étaient muettes sur la fixation du délai, ils consultaient les usages particuliers, ou se rattachaient à celui du châtelet de Paris, qui envoyait les héritiers en possession au bout de trois ans (2). Cependant, en général et surtout dans le dernier état de la jurisprudence, on exigeait dix ans, sauf à Paris et quelques autres lieux (3).

L'envoi provisoire en possession n'était point arrêté par l'existence d'une procuration laissée par l'absent entre les mains d'un étranger; elle ne s'opposait en ce cas qu'à la nomination d'un curateur. Mais si le mandat d'administrer avait été confié à un héritier présomptif, on ne pouvait envoyer les héritiers en possession qu'après trente années d'absence ou la réception de nouvelles de l'absent.

Cet envoi devait être précédé d'un acte notarié, signé

(1) Denisart, *Nouv. dict.*, art. 2, n° 5.

(2) Denisart, v° *absent*, n° 13.

(3) Davot, *Tr. de dr. fr.*, t. I, p. 406, 2e édit.; *Arrêtés* de Lamoignon, art. 2, Merlin; *Rép.*, v° *absent*, n° 7.

de plusieurs témoins dignes de foi, domiciliés dans le lieu de la dernière résidence de l'absent, et qui attestaient la disparition sans nouvelles de celui-ci depuis telle époque. Il était prononcé sur requête par une ordonnance ou un jugement rendu sur les conclusions du ministère public. Le juge était libre d'accueillir ou de refuser la demande.

L'envoi en possession n'impliquait pas la présomption du décès de l'absent. Il n'avait donc qu'un caractère provisoire et ne conférait nullement la propriété des biens aux héritiers qui étaient considérés comme de simples séquestres. En effet l'absent n'était encore réputé ni mort ni vivant. S'il venait à reparaître, les héritiers étaient tenus de lui restituer tous ses biens avec les fruits. Par suite, ils ne pouvaient ni les aliéner, ni les hypothéquer pendant les trente années qui suivaient la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, ou jusqu'à ce qu'il eût atteint l'âge de 100 ans (1). Cette défense existe dans notre code, art. 128, au moins pour les immeubles. L'art. 127 c. civ. s'est écarté davantage de l'ancien droit en accordant aux héritiers les 4/5[es] des fruits perçus dans les 15 premières années de l'absence et les 9/10[es] après. On admettait, comme aujourd'hui, que la possession des biens de l'absent était transmissible par voie successive, ainsi que tout autre droit incorporel, et que les héritiers de l'envoyé pouvaient jouir de ces biens dès l'instant de la mort de leur auteur (2).

Les héritiers qui pouvaient être envoyés en possession étaient, dans le dernier état de la jurisprudence, les héritiers les plus proches au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et non les plus proches au moment de l'envoi en possession. Mais cette décision n'avait pas

(1) Denisart, v° *absence*, art. 1[er], § 2, n[os] 5 et 10.

(2) Denisart, *loc. cit.*, n° 10.

été acceptée sans une vive résistance (1). Elle a été également admise par l'art. 120 du code civil.

Une controverse non moins vive s'était engagée sur la question de savoir si les héritiers provisoires pouvaient profiter des successions échues à l'absent postérieurement à sa disparition. Tout en admettant la faculté pour eux de se faire envoyer en possession provisoire de ses biens après un certain temps d'absence, malgré la présomption de vie, un grand nombre de jurisconsultes n'hésitaient pas à invoquer cette présomption pour autoriser les héritiers ou les créanciers de l'absent, en un mot ses ayant cause, à exercer leurs droits sur toutes les successions qui venaient à lui échoir pendant un siècle à partir de sa naissance, sans avoir à faire aucune justification. C'est la solution adoptée par le célèbre arrêt Tiellement, rendu par le parlement de Paris le 7 juillet 1629 et cité par tous les auteurs, solution qui a été depuis combattue par Pothier, dont le sentiment a fini par prévaloir (2). Pothier soutint que l'absent était toujours présumé mort lorsqu'il s'agissait de lui faire recueillir une succession ouverte depuis sa disparition, et qu'il ne pouvait y prétendre qu'en reparaissant. Il a ainsi préparé sur ce point l'opinion des rédacteurs du code qui se sont bornés à reproduire dans les art. 135-137 le dernier état de l'ancienne jurisprudence.

Jusqu'à présent, je n'ai fait allusion qu'aux héritiers *ab intestat*. Mais quelle devait être la condition des héritiers testamentaires ou des légataires à leur égard, en ce qui concerne l'envoi en possession, et ces derniers pouvaient-ils demander l'envoi contre les héritiers *ab intestat?* C'était encore là une question controversée, sur laquelle les auteurs et la jurisprudence s'étaient partagés. A Toulouse, il avait été jugé en 1650 que la jouis-

(1) Bretonnier, v° *absent*. p. 15 ; Rousseau-Lacombe, v° *absent*, n° 4 ; Merlin, *Rép.*, v° *absent*, n° 9.

(2) Cout. d'Orléans, tit. 17, n° 7.

sance des biens de l'absent depuis neuf ans devait être accordée non à son héritier institué, mais à son plus proche successible. Ainsi un testament n'avait d'effet, en cas d'absence, que lorsque la mort du testateur avait été prouvée ou lorsqu'il s'était écoulé cent ans depuis la naissance de celui-ci ; par suite, les legs faits par l'absent étaient susceptibles de devenir caducs par le décès des légataires arrivé avant le terme marqué. A Paris et à Dijon, on décidait le contraire. L'art. 123 du code civil s'est rangé à cette dernière solution.

La période d'envoi en possession provisoire produisait des effets semblables relativement aux droits pécuniaires de l'époux de l'absent. L'envoi en possession des héritiers de l'absent mettait provisoirement fin à la communauté, sauf, en cas de retour, à la considérer comme n'ayant jamais été interrompue. Par suite, après dix ans d'absence sans nouvelles, la femme de l'absent pouvait demander son douaire, son gain de survie, et exercer ses reprises, en donnant caution. Si les héritiers ne demandaient pas l'envoi en possession, et si d'ailleurs la femme ne réclamait pas la dissolution provisoire de la communauté afin d'opérer ses reprises, il est évident que la communauté pouvait se poursuivre après le délai de dix années. Mais ce n'était pas une raison pour croire avec Bourjon qu'elle *devait* continuer jusqu'à ce que la mort de l'absent fût démontrée ou qu'il se fût écoulé cent ans depuis sa naissance, ni par conséquent pour décider avec lui que la femme n'avait pas droit à son douaire avant cette dernière époque (1).

C. *Période d'envoi en possession définitif.* — Le provisoire devait avoir un terme, afin de ne point tenir les droits des héritiers ou ayant cause indéfiniment sus-

(1) Bourjon, liv, I, tit. VIII, ch. 2, n° 3 ; Pothier, *Traité de la communauté*, n° 505 ; Davot, t. I, p. 407, 2e édit.

pendus. Comme je l'ai déjà dit, après cent années écoulées depuis la naissance de l'absent, ou même, selon quelques auteurs, après trente ans depuis ses dernières nouvelles, sa mort était réputée constante, les cautions étaient déchargées, et les héritiers étaient envoyés en possesion définitive. Toutefois, si l'absent reparaissait après ce laps de temps, quelque longue qu'ait été son absence, les envoyés en possession provisoire étaient tenus de lui rendre ses biens. Quant aux tiers acquéreurs, ils pouvaient faire usage des prescriptions ordinaires, puisque la prescription de trente ans courait contre les absents. Mais les héritiers devaient restituer le prix des immeubles vendus.

Pour les effets de l'absence relativement au *mariage*, l'ancien droit avait à cet égard une sureté de doctrine qui a permis à la législation moderne de ne rien innover. Le droit canonique ne permettait pas à l'époux présent de se remarier, quelque longue qu'eût été l'absence de son conjoint, et celui-ci eût-il dépassé l'âge de cent ans, s'il n'avait nouvelle certaine de sa mort (1). Cette absence formait un empêchement invincible, toutes les fois que l'on ignorait si l'engagement serait légitime ou sacrilège. Si l'absent reparaissait, le conjoint qui avait par erreur ou autrement contracté de seconds liens devait aussitôt les rompre et retourner avec son premier époux (2).

Pour que la célébration du second mariage pût avoir lieu, il fallait donc une nouvelle certaine de la mort de l'absent. Que devait-on entendre par là ? Les uns, comme Rousseau-Lacombe, pensaient que la rumeur publique suffisait. Les autres, tels que Pothier, estimaient qu'il était nécessaire de produire un témoin ou, selon une troisième opinion, deux au moins. Quelques autres enfin

(1) Cap. *in præsentia*, 9.; Extrav., *de spons. et matr.*, liv. IV, tit. I.

(2) Bretonnier, *Quest. de dr.*, *des absents*, ch. I; Can. *cum per bellicam*, I et *cum in captivit.*, II.

exigaient un certificat signé du curé et du juge des lieux du décès, constatant la mort de l'absent.

Si de fait, et malgré les prohibitions légales, le second mariage avait été célébré sans une preuve certaine de la mort de l'absent, ce mariage ne devait pas être annulé, ainsi qu'on le décide encore de nos jours ; la bonne foi où l'ignorance avait placé les nouveaux conjoints ne permettait pas de troubler l'état de leur famille et le doute dans lequel on était sur l'existence de l'absent profitait à la seconde union. D'Aguesseau voulait en ce cas que les époux fussent séparés. Mais cette solution n'était pas généralement acceptée. Quant aux enfants issus de la nouvelle union, la bonne foi de leurs parents leur assurait l'état et les droits d'enfants légitimes.

J'arrive maintenant aux effets de l'absence relativement aux *enfants de l'absent.*

En cas d'absence de la mère, le père qui possédait, en vertu de la puissance paternelle, un droit de surveillance sur la personne de ses enfants et un droit d'administration sur leurs biens, conservait évidemment ces droits (1). En cas d'absence du père, la mère qui avait dans les pays coutumiers la puissance paternelle, conservait aussi les droits de surveillance et d'administration, à moins de refus de sa part. Si la mère était morte, un tuteur était nommé aux mineurs dans le délai d'un an (2).

Les enfants qui voulaient se marier pendant l'absence de leurs père et mère devaient obtenir un avis de parents. Si la mère était seule présente et qu'elle trouvât à marier convenablement ses filles mineures, l'usage du châtelet de Paris lui permettait de le faire avec un avis des parents suivi de l'autorisation du juge (3). Dans les lieux où

(1) Coquille, sur *cout.* du Nivern., tit. 30, art. 2.
(2) Bretonnier, v° *absent*, p. 10.
(3) Denisart, v° *absence*, n° 25.

le mariage n'émancipait pas, si le père absent revenait après le mariage de son fils contracté pendant son absence, il reprenait l'exercice de ses droits de puissance paternelle sur lui, bien que Bretonnier ait soutenu le contraire, sous prétexte que les parents de la femme n'auraient peut-être pas consenti à l'union projetée, en prévision de la rentrée du mari sous le joug paternel. Ce sont là presque les seuls cas prévus par les commentateurs du droit coutumier qui, sur cette matière, sont fort peu explicites et paraissent avoir abandonné toutes les questions douteuses à l'appréciation de la jurisprudence.

TITRE VI

DE LA PREUVE DE L'ÉTAT CIVIL[1]

La constatation officielle des faits d'où résultent les droits des personnes et leurs devoirs dans les relations avec la famille et la société n'est pas, comme on pourrait le croire, une innovation moderne. Presque tous les peuples ont regardé comme utile, sinon comme nécessaire, de fixer d'une manière certaine l'existence et l'époque des droits acquis, des obligations contractées ou transmises. Mais tous, il faut le reconnaître, n'ont pas institué des formes spéciales, des instruments spéciaux pour conserver la mémoire des trois grands événements, la naissance, le mariage, le décès, qui fondent l'état civil de l'homme et qui manifestent son existence au sein de la société. Il convient même d'ajouter que, dans l'antiquité surtout, la loi se préoccupait moins de constater ces événements dans l'intérêt des individus ou des familles que que dans celui de l'Etat ou du gouvernement. Ainsi, à Athènes, il existait des registres curiaux sur lesquels des officiers publics inscrivaient tous les jeunes Athéniens, dès l'âge de trois ou quatre ans, dans le but de faire connaître l'effectif réel de la population. Il en fut de même dans les premiers âges de la république romaine. Sous la royauté déjà, Servius Tullius avait prescrit la tenue de registres destinés à constater la naissance et le décès des membres de la cité. Mais ces registres cessèrent d'exister sous l'empire, et Marc-Aurèle, qui en sentait la nécessité, dut en remettre l'emploi en vigueur. Toutefois la preuve de l'âge, de la paternité, de la filiation, de la légitimité même ne résultait que des inscriptions faites

par le père de famille sur ses livres privés, et, à leur défaut, de sa correspondance ou de l'audition de témoins. De là l'usage de ces *livres de raison*, que nous retrouvons au moyen-âge et qui furent pendant de longs siècles, en France, jusqu'à François 1er, un des éléments principaux de la démonstration de l'état civil. Mais, malgré ces livres, dénués d'authenticité d'ailleurs, on peut affirmer que chez nous, jusqu'au XVIe siècle, l'état civil ne connut guère d'autre preuve véritable que la notoriété et la possession. Lorsqu'il était contesté, on recourait à une enquête et aux papiers domestiques.

Cette preuve orale de l'enquête n'était pas toujours faite et plus d'une fois donnait naissance à des fraudes qu'il importait de prévenir. Dans un passage intéressant de sa coutume du Beauvoisis, Beaumanoir, qui n'a pas consacré moins d'un chapitre entier aux enquêtes, fait allusion aux moyens destinés à prévenir les artifices et les pièges tendus à la bonne foi des juges. Il suppose que la partie intéressée veut sortir de la tutelle féodale ou du *bail* et prendre possession du fief dont son tuteur, le baillistre ou le seigneur suzerain, est en jouissance. Elle offre alors de prouver qu'elle a atteint l'âge de la majorité féodale (12 ans pour les filles et 15 ans pour les hommes). « Gardez-vous, dit au juge le bon jurisconsulte, gardez-vous de lui permettre de produire des témoins de son choix. Mais adressez-vous aux parents, aux personnes les mieux placées pour connaître et attester la naissance ou le baptême (1). »

Beaumanoir parle ici d'une enquête faite devant le juge. en cas de contestation. Mais on comprend que ces cas étaient rares. Le juge n'était saisi que dans les circonstances graves ou lorsqu'il s'agissait de personnages importants (2).

(1) Cout. du Beauvoisis, ch. XVI, § 6.

(2) Aussi je trouve dans le livre des fiefs de l'église de Langres qu'en 1283, deux commissaires, le seigneur de Falsin et Guillaume

Le plus souvent, on recourait à de simples attestations par écrit ou de simples certificats, sinon à des actes notariés (1).

On constatait aussi de cette façon les fiançailles qui précédaient la bénédiction nuptiale, ou le mariage lui-même. Ainsi un acte notarié fut dressé le 28 novembre 1470, pour conserver la trace de la bénédiction nuptiale donnée à une fille naturelle de Philippe le bon, duc de Bourgogne,

de Pailly, furent délégués pour constater l'âge de Jeanne, comtesse de Champagne et reine de Navarre. C'était la fille de Henri le Gros et de Blanche d'Artois. Les commissaires font comparaître l'archidiacre de Blois, qui, « par son sairement requis douquel âge la dame de Champagne est, dit qu'il croit qu'elle est entrée au douzième an et le croit parce que onze ans eut entre Noël et la Thiesphaine novalement passé que il alloit à Lyons, du commandement le Roy, et lors la Royne gisoit de cette fille à Bar-sur-Saigne, » Cette comparution, ce serment, cette enquête confirmée par d'autres témoins, n'auraient certainement pas eu lieu s'il ne s'était agi d'une reine, fille de roi et de la grave question de savoir si elle était d'âge à rendre hommage pour le comté de Champagne.

(1) En voici un qui a été délivré pardevant notaire en 1390 : il concerne un enfant mort peu après sa naissance et a été évidemment rédigé sur la demande du curé compétent, afin de prouver que son corps pouvait recevoir la sépulture chrétienne:

« Guiot de Quetigny, père de feu Perreaul, nouvellement du corps de Jaquote sa femme, trespassé de ce siècle, a juré en la main de Mons. l'abbé de St-Estienne (de Dijon) que son dit fils a esté, avant qu'il soit mort, baptisié et undoyé par les femmes qui y estoient, si comme il li ay affirmé les dites femmes. Et Thiriot, etc., ont aussi juré queils furent présens au baptizier. Et tous les dessus nommés ont juré et promis de garder et garantir ledit Mons. de St-Estienne de ce que il s'est consenti que le corps dudit mort soit mis en cimetière benoite. »

On allait de même quelquefois devant notaire pour attester l'inhumation d'un bourgeois ou d'un chevalier lorsque la succession valait la peine d'être recueillie. Je citerai encore l'acte suivant : « Le jour des sus dits, 27 Mai 1369, en la ville de Dijon, environ hore de prime, en l'escriptoire Andrié de Faanay, notaire religieuse personne frère Gille, prieur du Saint Lieu et Messire Girart Lamousot, curé de Bergion, ont jurié que nobles homs Messire Estienne de Musigney, jaidis chevalier, fuit trespassé le jeudi devant la nativitey St-Jehan Baptiste, nouvellement et dairenement passey et le vendredy en suyvant.... enseveliz et mis au semistière et église dou priourté du quartier de l'ordre du Vaul des Choux, etc. »

nommée Catherine, avec Humbert de-Luyrieux, seigneur de la Cuielle. Le ministère des tabellions était surtout requis, lorsqu'il fallait fournir la preuve d'une légitimation d'enfants naturels par mariage subséquent (1).

Cependant les naissances, les mariages et les décès, en dehors de l'autorité civile proprement dite, pouvaient être établis par des actes émanant d'une autre autorité, dont le témoignage ne pouvait être surpris et qui tenait même la première place dans l'Etat, je veux parler du clergé. Par l'administration des sacrements aux fidèles de l'église catholique, le clergé était appelé à s'associer directement à ces trois événements ; il était en possession du droit de les manifester à l'extérieur. En conférant le baptême, il constatait la naissance; en donnant la bénédiction nuptiale aux futurs époux, il constatait le mariage ; en procédant aux cérémonies religieuses de la sépulture, en honorant de ses prières la tombe du chrétien trépassé, il établissait son décès. L'administration des sacrements supposait même la vérification préalable de la condition spirituelle de celui qui les recevait, au moins en certains cas : avant d'unir les deux époux devant la Sainte Eglise, il fallait s'assurer qu'ils faisaient profession de foi chrétienne ; avant d'inhumer un cadavre en terre bénite, il était nécessaire de connaitre si la personne ensevelie avait droit à cet honneur. Le baptême qui agrége l'enfant ou le catéchumène à la grande société catholique devait être au moins démontré. Le clergé prit donc l'habitude de tenir des registres sur lesquels il inscrivait les baptêmes, les mariages et les sépultures en terre sainte. Mais cet usage, purement ecclésiastique, ne fut pas général, d'une part parce qu'il rencontrait des obstacles dans l'ignorance de certains membres du clergé paroissial, de l'autre parce qu'il n'était pas obligatoire et n'était prescrit sous aucune

(1) Acte du 14 juin 1562 passé en Bourgogne.

peine ecclésiastique. C'est au XVI[e] siècle seulement que la loi civile vint ajouter sa sanction aux garanties religieuses, en donnant un caractère officiel aux registres des paroisses ; elle les transforma en de véritables répertoires de l'état civil (1).

Le premier pas fait dans cette voie date d'août 1539. Il fut provoqué par un étrange abus. Lorsqu'un clerc en possession d'un bénéfice mourait, ceux qui ambitionnaient sa succession avaient intérêt à cacher sa mort afin de prendre date à Rome, c'est-à-dire afin de solliciter du pape la collation du bénéfice dont le roi n'avait pas disposé. Grâce à eux, les cadavres des prêtres défunts étaient embaumés, jetés dans des caves, dissimulés par tous les procédés possibles pour permettre aux candidats d'aller « courir le bénéfice. » Pour mettre fin à ce scandale, on rendit l'ordonnance de Villers-Cotterets, qui ne s'appliqua d'abord qu'aux baptêmes et aux décès. Elle prescrivit aux curés et aux vicaires de tenir des registres de baptêmes en *forme de preuve*. Les mentions portées sur ces tables, qui devaient être déposées au greffe du bailliage le plus prochain, firent pleine foi de leurs constatations relatives à la majorité et à la minorité. Pour les

(1) Parmi les plus anciens registres de l'état civil tenus dans les paroisses, on cite généralement ceux de la paroisse St-Jean-en-Grève à Paris, commencés en 1515, et ceux de la Madeleine de Châteaudun, qui sont datés de 1478, mais on peut en indiquer d'antérieurs. Henri le Barbu, évêque de Nantes, prescrivit en 1406 à tous les curés de son diocèse de consigner par écrit les baptêmes et les mariages célébrés par eux. (D. Morice, *Mémoires pour servir à l'histoire ecclésiastique et civile de Bretagne*, t. II, col. 770.) De plus, bien que les canons ecclésiastiques défendissent aux curés de rien exiger pour l'administration des sacrements ou la sépulture des fidèles, l'usage s'introduisit au XIV[e] siècle de percevoir des droits pour les mariages et les enterrements ; par suite, les curés tinrent des registres de *rendues* ou de perception de ces droits, qui devinrent ainsi de véritables registres de l'état civil. Ainsi, on a publié les extraits d'un livre de ce genre tenu en 1410 par Jehan Rolin, curé de St-Agnan, au diocèse d'Autun. (Bibliothèque de l'Ecole des chartes, 1869, p. 543.)

décès, l'ordonnance fut moins générale : elle déclara que les registres tenus dans les chapitres et sur lesquels on inscrivait l'inhumation des chanoines décédés, fourniraient la preuve authentique de ces décès, mais en matière bénéficiale seulement, c'est-à-dire pour établir la vacance des bénéfices et des offices canonicaux. Quant à la sépulture des personnes non revêtues de dignités ou de prébendes ecclésiastiques, aucune disposition n'enjoignit de la constater, ou du moins n'attribua aux écrits qui la constataient un caractère officiel et probant. Les registres qui continuèrent d'être tenus à cet égard n'eurent donc pas plus de force que les rouleaux des morts, à l'aide desquels, pendant tout le moyen-âge, les communautés religieuses avaient l'usage de notifier le décès de leurs membres et de leurs bienfaiteurs aux églises et spécialement aux maisons avec lesquelles elles avaient conclu des associations spirituelles.

L'innovation de l'ordonnance de Villers-Cotterets fut une innovation féconde. D'une part, elle étendit l'usage des registres paroissiaux ; de l'autre elle en améliora un peu l'état matériel, en ce qu'elle en réduisit les lacunes. Enfin, de facultatifs que ces registres avaient été jusqu'alors, l'ordonnance les rendit obligatoires, ce qui était un progrès considérable. Cependant, elle fut, au commencement, assez mal exécutée. Aussi l'édit de Blois, du mois de mai 1579, revint-il à la charge. Son art. 181 était ainsi conçu : « Pour éviter les preuves par témoins, que l'on est souvent contraint de faire en justice, touchant les naissances, mariages, morts et enterrements des personnes, enjoignons à nos greffiers en chef de poursuivre, pour chacun an, tous curés ou leurs vicaires, du ressort de leurs sièges, d'apporter dedans deux mois, après la fin de chaque année, les registres des baptêmes, mariages et sépultures de leurs paroisses, faits en icelle année. » On peut tirer de ce texte plusieurs conclusions. La première, c'est qu'en

1579 les registres étaient souvent insuffisants. La seconde, c'est que les membres du clergé paroissial s'abstenaient fréquemment de déposer leurs registres aux greffes des bailliages. La troisième et la plus importante, c'est que l'on avait reconnu l'utilité de constater par écrit l'existence des mariages comme celle des baptêmes et des inhumations, et que l'on attribuait le même caractère officiel aux mentions portées sur les divers registres, quel que fût l'objet de leur constatation. Désormais, naissances, unions conjugales, décès, tout dut être uniformément consigné sur les registres paroissiaux.

L'ordonnance de 1579 avait enjoint aux curés de déposer leurs registres dans les deux premiers mois de chaque année. Ce délai fut étendu à trois mois par l'ordonnance de 1594, puis réduit à un mois par celle de 1623, et enfin fixé comme autrefois à deux mois par celle de 1645.

Les registres prescrits par ces différentes ordonnances n'étaient que de simples cahiers, n'offrant absolument aucune garantie ; il était facile à celui qui était chargé de les tenir de leur en substituer d'autres, d'enlever des feuilles ou d'en intercaler. De plus, l'ordonnance de Blois ne se prononçait pas expressément sur la question de savoir si toutes les mentions contenues dans le registre feraient pleine foi en justice. Cette lacune fut comblée par l'édit de 1667, dont le tit. 20, art. 7, déclara formellement que les actes de l'état civil tenus par le clergé serviraient de preuve authentique devant les tribunaux. Pour mieux assurer la tenue et la conservation des registres, les édits de 1679, 1705 et 1709 créèrent des greffiers gardes et conservateurs de ces registres et des contrôleurs des greffes. Mais ces charges instituées pour fournir un aliment au trésor royal épuisé, plutôt que pour veiller sérieusement au bon état des registres paroissiaux, tombèrent promptement en désuétude, s'ils reçurent jamais leur exécution. Les curés et vicaires demeurèrent en possession exclusive et incon-

testée du droit de constater les baptêmes, mariages et décès. Ils furent maintenus dans cette fonction par la déclaration du 9 avril 1736, que rédigea le chancelier d'Aguesseau. Les registres durent, à partir de 1667, être tenus en double, parafés par le premier officier du siège de la juridiction, et l'un des doubles dut être déposé au greffe de ce siège, tandis que l'autre restait entre les mains du curé. Enfin une amende fut prononcée contre les contrevenants aux dispositions de la déclaration, qui fut renouvelée le 20 juillet 1787. L'ordonnance de 1667 fut d'ailleurs améliorée par Louis XV. Cette amélioration consista à prescrire aux curés de faire signer les actes sur les deux registres, de manière à ce qu'ils devinssent tous deux originaux. Sous la législation antérieure à 1736, au contraire, l'un des registres seulement était signé par les parties, et devenait ainsi l'original, tandis que l'autre, dépourvu de toute signature, n'était que la copie du premier.

A défaut de registres, ou lorsqu'ils avaient été détruits, la preuve de la naissance, du mariage et du décès continua d'être reçue tant par titres que par témoins, registres ou papiers des père et mère décédés, sauf la preuve contraire (1).

Les ordonnances de Villers-Cotterets et de Blois n'avaient pu statuer qu'à l'égard des catholiques, c'est-à-dire des personnes en communion avec l'Eglise dont les ministres distribuaient les sacrements. Elles ne pouvaient évidemment obliger les protestants et prétendus réformés à se faire baptiser, marier ou inhumer par les curés et vicaires catholiques et ceux-ci, de leur côté, ne pouvaient être tenus d'inscrire sur leurs registres paroissiaux la naissance, le mariage ou le décès de membres d'un autre culte, qui s'étaient séparés de l'Eglise. Aussi, pen-

(1) Art. 14 du tit. 20 de l'ord. de 1667.

dant longtemps, les religionnaires de France n'eurent aucun état civil. L'édit de Nantes qui autorisa l'exercice libre et public de la religion réformée dans les fiefs de haute justice, dans certaines villes désignées par les édits de 1577, 1596 et 1597, et dans un faubourg du chef-lieu de chaque ancien bailliage, autorisa également l'existence des consistoires, dont les membres purent désormais tenir des registres destinés à constater l'état civil de leurs coreligionnaires. D'ailleurs, en permettant aux ministres calvinistes de célébrer les unions conjugales de leurs ouailles, en leur accordant des cimetières particuliers dans chaque ville, pour la sépulture de leurs morts, cet édit avait implicitement, mais certainement investi ces pasteurs d'une mission semblable à celle que l'ordonnance de Blois avait confiée aux curés et vicaires catholiques. Elle leur fut enlevée en octobre 1685, par la célèbre mesure qui révoqua l'édit de Nantes et supprima toute manifestation extérieure du culte réformé. Une série de dispositions spéciales pourvut au remplacement des registres consistoriaux disparus avec les ministres chargés de leur rédaction. Ces dispositions furent radicales, il convient de le reconnaître. A l'égard des baptêmes, tout enfant né de parents calvinistes ou luthériens dut être baptisé par le curé de sa paroisse, dans les vingt-quatre heures qui suivaient sa naissance, à moins d'une permission contraire de l'évêque diocésain, et toute personne qui avait assisté à l'accouchement de la mère dut avertir le curé du lieu à peine d'amende (1). Si l'enfant ne recevait pas le baptême catholique, sa naissance n'était officiellement constatée par aucun acte. L'art. 3 de la déclaration de 1724 renouvela mot à mot cette injonction. A l'égard des mariages, l'édit de 1685 garda le silence. Il ne pouvait en effet en être autrement, puisque tous les

(1) Art. 8 de l'édit de 1685.

ministres protestants étaient expulsés du territoire français et que la célébration des unions conjugales par leur ministère était désormais interdite. Mais la déclaration de 1724, art. 15, obligea les nouveaux convertis, comme tous les autres sujets du roi, à observer dans leur mariage les formalités prescrites par les canons et les lois du royaume, et la jurisprudence conclut de cet article que le mariage des protestants ne pouvait être valide sans la bénédiction d'un prêtre catholique. Par suite, la constatation de leurs unions ne pouvait avoir lieu que sur les registres paroissiaux. Il faut toutefois ajouter que cette jurisprudence ne fut pas unanime, qu'elle fut surtout appliquée par le parlement de Grenoble, mais que d'autres cours souveraines ne l'acceptèrent point, et que quelques-unes d'entre elles validèrent même des mariages contractés, sans bénédiction, en présence du curé et de quatre témoins. Dans ces cas, il était évident que le protestant ainsi marié ne pouvait s'opposer à ce que son union fût constatée sur le registre du curé. Quoiqu'il en soit, en fait, les mariages des réformés ne purent généralement, depuis la révocation de l'édit de Nantes, être inscrits sur les livres paroissiaux et plus de quatre cent mille unions, contractées au désert, dans les Cévennes, demeurèrent à la fois clandestines et sans preuve officielle. — A l'égard des sépultures, pour constater le décès des réformés, la déclaration du 11 décembre 1685 substitua le juge du lieu au prêtre catholique. Elle ordonna que les deux plus proches parents de la personne et, à leur défaut, les deux plus proches voisins se rendissent devant le magistrat local pour lui déclarer le décès et signassent cette déclaration qui devait être inscrite par le juge sur un registre spécial, à peine d'amende arbitraire et de dommages-intérêts contre les parents ou les voisins qui auraient omis cette double formalité. L'édit du 9 avril 1736 alla même plus loin. Il ne se contenta point d'une simple

déclaration ni d'une simple mention sur un registre; il imposa au juge le devoir de rendre, sur les conclusions du ministère public, une ordonnance donnant la date précise du décès et prescrivant l'inhumation du protestant décédé dans un terrain non consacré au culte catholique; il l'obligea, en outre, à faire tenir au greffe un registre de ces décisions dont les parties intéressées pouvaient se faire délivrer des extraits. Notre code civil a conservé le principe de la déclaration du 11 décembre 1685 en ce qui concerne la rédaction des actes de l'état civil. Il s'est contenté de remplacer le juge par un officier municipal. Mais il a maintenu le registre, la signature et la déclaration de deux témoins. En fait, il a étendu à tous les Français le système que Louis XIV avait appliqué aux seuls protestants. Cet état de choses subsista jusqu'à l'édit du 18 novembre 1787 qui rendit à ceux-ci la plénitude de leur état civil.

Quelque rigoureuses qu'aient été les dispositions de l'édit de 1635 et des déclarations postérieures à l'égard des non-catholiques, deux exceptions avaient été pourtant introduites dans la législation en faveur des réformés et des Juifs d'Alsace. Le traité de Westphalie avait en effet réservé aux dissidents la liberté de leur culte, liberté d'ailleurs précédemment stipulée dans les capitulations particulières de plusieurs villes, telles que Colmar et Strasbourg, au moment où les armées de Louis XIV en avaient pris possession. Il fallait toutefois distinguer. A l'égard des luthériens, l'art. 28 du traité de Munster reconnaissait que tous les fidèles de la confession d'Augsbourg auraient entière liberté de pratiquer leur culte tant en public qu'en particulier, qu'ils conserveraient leurs consistoires avec la juridiction de ces tribunaux ecclésiastiques, et que rien ne serait changé à l'organisation de leur église, telle qu'elle existait avant la paix. En conséquence, les ministres luthériens de la confession

d'Augsbourg demeurèrent investis du droit de constater sur des registres spéciaux les baptêmes, les mariages et les inhumations célébrés par eux dans l'exercice de leurs fonctions religieuses. Quant aux calvinistes, l'art. 7 du traité d'Osnabruck leur accordait la réciprocité de tous les droits et avantages dont jouissaient en Alsace les catholiques et les protestants de la confession d'Augsbourg, tout en déclarant qu'à l'exception de ces trois cultes il n'en serait toléré aucun autre. Les anabaptistes et autres membres de sectes dissidentes ne furent donc admis ni à conserver leurs ministres, ni à faire célébrer par eux leurs mariages, ou à recevoir de leurs mains aucun sacrement. Ils durent soit recourir aux prêtres de la religion catholique pour constater leurs naissances, leurs unions et leurs décès, soit s'abstenir de toutes constatations officielles. D'autre part, malgré la clause du traité d'Osnabruck, on n'admit les calvinistes à exercer publiquement leur culte que dans un petit nombre de lieux, et on décida que les curés catholiques pourraient seuls dresser les actes de baptême, de mariage ou d'enterrement en ce qui les concernait. Le duc de Choiseul déclara à ce sujet en 1762 qu'à l'égard du baptême, les prêtres catholiques pouvaient l'administrer à toutes sortes d'enfants, que pour les mariages et les sépultures, leur ministère devant se borner à recevoir les déclarations des parties et à les consigner sur un registre, rien ne s'opposait à ce qu'ils fissent seuls cet enregistrement, dans les lieux où les calvinistes n'avaient ni temple, ni ministres, ni par conséquent de registres. Les luthériens furent donc, en réalité, les seuls dissidents qui, en Alsace, possédèrent partout des registres spéciaux pour l'inscription des actes de l'état civil.

Les Juifs d'Alsace jouirent du même privilége depuis l'annexion de cette province à la France. Leurs rabbins étaient autorisés à tenir des registres de naissances, de

mariages et de décès, sauf à Strasbourg, dont les magistrats ne souffraient pas leur résidence dans cette ville. A Metz, où ils commencèrent à s'établir en 1567, on toléra le même usage, mais en outre ils furent tenus de faire enregistrer au greffe du bailliage tous les enfants qui leur naissaient, et d'acquitter la somme de 5 sols au greffier. Un recensement général des familles juives établies dans la cité messine avait du reste été opéré par les soins de la communauté et permettait de constater leur état civil en le rapprochant des déclarations de naissance. Il en fut ainsi en Lorraine, où le duc Léopold avait admis 180 familles juives en 1721. Elles ne furent pas astreintes à se présenter devant les curés des paroisses pour faire constater leur état civil, mais purent recourir au ministère des syndics de leur communauté et des officiers de leur synagogue.

Je me suis peut-être arrêté avec trop de complaisance sur ces détails en réalité secondaires, car, si la constatation de l'état civil est la base nécessaire du droit des personnes, il n'y a pas, à vrai dire, de mode indispensable pour l'opérer. Le législateur moderne en a confié le soin exclusif aux officiers municipaux. Il a rompu à cet égard non seulement avec les traditions de l'ancien régime, mais encore avec les usages d'une grande partie des nations européennes. En Angleterre, les actes de l'état civil sont inscrits sur les registres des paroisses et, qu'on me permette de le dire en passant, dans cette terre de la libre Albion, les dissidents ne sont pas mieux traités qu'ils ne l'étaient chez-nous sous Louis XIV : on y exclut des registres paroissiaux les enfants de ceux qui refusent pour eux les cérémonies anglicanes du baptême. En Prusse, ce sont les pasteurs qui inscrivent sur les registres des consistoires les publications de mariage, les bénédictions nuptiales, les naissances et les sépultures de leurs paroissiens. Ils sont également chargés de recevoir les déclarations faites par les personnes appartenant à

d'autres cultes que le culte protestant, si leur religion est seulement tolérée par l'Etat. En Bavière, les ecclésiastiques ont aussi la mission de tenir les registres de l'état civil et de dresser les actes relatifs aux mariages, aux décès, aux baptêmes. En Suisse, au moins dans plusieurs cantons protestants, les pasteurs sont investis de cette fonction et les extraits qu'ils délivrent font foi jusqu'à inscription de faux. Jusqu'à ces derniers temps, en Autriche, les prêtres de la religion catholique avaient seuls le pouvoir de rédiger les actes de l'état civil de leurs coreligionnaires dans la circonscription de leurs paroisses, et les ministres du culte réformé jouissaient de la même prérogative. En Norwège, en Suède, en Danemark, le clergé luthérien qui procède aux cérémonies des baptêmes, des mariages et des inhumations est aussi chargé de constater l'état civil qui n'est, à vrai dire, que l'état religieux. Pourquoi cette unanimité, pourquoi cet ensemble de dispositions identiques dans des contrées et sous des législations si éloignées et si différentes ? Faut-il y voir seulement la suite d'anciens usages, respectés à cause de leur antiquité même, mais aujourd'hui surannés et peu en harmonie avec les institutions modernes qui tendent à reconnaître l'indifférence de l'Etat dans toutes les matières touchant au culte, au spiritualisme, à la conscience ? Je ne le pense pas ; je crois que la tradition seule, la coutume ne suffit point à expliquer un concert semblable qui, à coup sûr, n'a pas été prémédité. Pour en pénétrer la raison, il faut remonter plus loin. Un écrivain de haut vol, qui a parfois de grands coups d'aile, Joseph de Maistre a dit : « Toutes les institutions imaginables reposent sur une idée religieuse ou ne font que passer. Elles sont fortes et durables à mesure qu'elles sont divinisées, s'il est permis de s'exprimer ainsi.... En un mot, l'homme ne peut représenter le Créateur qu'en se mettant en rapport avec lui. Insensés que nous sommes,

si nous voulons qu'un miroir réfléchisse l'image du soleil, le tournerons-nous vers la terre? » On ne saurait mieux dire. De tout temps, chez tous les peuples, l'homme a eu conscience de son infirmité, et il a voulu abriter la fragilité de ses œuvres sous la protection et la consécration divines. Il a fait plus encore : il s'y est placé lui même ; il a pris son Créateur à témoin de sa propre existence, il lui a demandé de bénir son berceau et sa tombe, il l'a invoqué dans le grand acte qui fonde la famille et qui de l'humble plante humaine, destinée à végéter quelques jours, fait sortir la tige sans cesse renouvelée qui portera des fruits jusqu'à la consommation des siècles. C'est la loi : le *moi* ne peut jouir légitimement de son être qu'à la condition de le transformer en quelque chose de plus grand que lui. Il n'échappe au sentiment du néant que grâce aux espérances enchantées de la foi religieuse. Ne nous étonnons donc pas que l'homme ait vu dans les plus mémorables manifestations de sa personnalité quelque chose de plus que de simples modalités de la vie civile, et que, sans dédain pour la société laïque qui le reçoit dans son sein, il en ait de préférence confié le souvenir et le dépôt à la société religieuse, non parce qu'elle était plus vaste ou même parce qu'elle lui était plus chère, mais parce qu'elle le rapprochait de Dieu et qu'elle était plus durable.

Le moyen-âge ne considérait pas l'état civil comme indépendant de l'état religieux ; l'un ne lui semblait pas exister sans l'autre. Le citoyen ne recevait en quelque sorte sa naturalisation dans l'Etat que par la profession de foi chrétienne : intermédiaire obligé entre le Créateur et la créature, le prêtre était en même temps la sentinelle qui veillait aux abords de la société civile et en levait ou abaissait les barrières. C'était confusion sans doute, mais une confusion qui partait d'un noble sentiment et s'inspirait d'une grande idée. Associer publiquement la religion aux actes les plus importants de notre existence, à ceux

qui nouent ou qui brisent les liens sociaux, n'est-ce pas nous grandir nous-mêmes, n'est-ce pas nous rappeler notre céleste origine et les promesses d'immortalité qu'a reçues notre âme, n'est-ce pas confesser en un mot que par delà ce monde qui passe, il en est encore un autre, dont nous sommes aussi les citoyens, où notre place est marquée à l'avance, une société éternelle dont celle-ci n'est que l'imparfaite et grossière image, mais où l'homme trouvera la rémunération de ses œuvres et le prix des plus obscurs services rendus ?

TITRE VII

PERSONNES JURIDIQUES

CHAPITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX. — DU DROIT D'AMORTISSEMENT

Le code civil contient une grave lacune qui a étonné la plupart des jurisconsultes : il ne parle que des personnes *physiques* et ne fait aucune allusion aux personnes *morales*. Les corporations, les communautés, les associations tiennent cependant une grande place dans la société et y jouent le rôle de véritables individualités, *veluti personam sustinent*, et chaque jour elles attestent leur existence par de nombreux actes de la vie civile. L'ancien droit, plus explicite que le code civil, n'avait pas négligé les personnes juridiques, c'est-à-dire celles qui n'existent comme personnes que pour une fin juridique. Elles étaient, à ses yeux, des sujets capables de posséder sous certaines conditions. Il les considérait comme des êtres intellectuels, distincts de chacun de leurs membres, qui se perpétuaient malgré les altérations de vie ou de capacité de ceux-ci. C'était l'idée romaine, l'idée juste. *Universitas distat à singulis.* Leurs propriétés ne sont en aucune façon celles des particuliers dont la réunion prend le nom de communauté. Elles ne se partagent pas entre eux. Elles sont différentes des biens communs entre plusieurs citoyens, mais dans lesquels chacun de ces derniers peut revendiquer une part et portion. Leurs droits et leurs obligations

ne se fractionnent pas non plus entre chacun de leurs membres. *Si quid universitati debetur, singulis non debetur.* Le créancier de la communauté ne peut exiger de chacun des particuliers qui la composent ce qui lui est dû par celle-ci, à moins qu'ils n'aient individuellement contracté en même temps que la corporation; il ne peut faire condamner au paiement que le corps lui-même, il ne peut saisir que les biens qui lui appartiennent.

Cependant, il existait dans l'ancien droit, comme il existe encore dans le nouveau, des corps qui ne possédaient pas de biens et qui n'offraient par conséquent aucune responsabilité réelle; dans ce cas, les créanciers qui contractaient avec eux ne se contentaient pas de l'obligation commune. Ils exigeaint aussi celle de chacun des membres de la communauté, afin de les contraindre individuellement au paiement, soit pour leur portion virile, soit pour la totalité, lorsque la solidarité avait été stipulée.

Les corps et communautés étaient ordinairement représentés dans notre ancienne législation par des fondés de pouvoir spéciaux, qu'on nommait procureurs ou syndics. *Proprium est*, disait-on, *universitatis habere procuratorem seu syndicum.* Le droit romain avait défendu d'agir par procureur. C'était aussi la maxime adoptée par les lois franques; elle passa dans le droit coutumier. Pour la tourner, on sollicitait du prince la permission de constituer un procureur, ainsi que nous l'apprennent la form. 21 du 1er livre de Marculfe, Beaumanoir, dans le ch. 4 de ses *Coutumes du Beauvoisis* et le *Grand coutumier de France*, liv. 3, ch. 6. « Nous n'avons pas accoutumé, déclare Beaumanoir, que hons de pooste fasse procureur en nul cas, mais gentix homs, relligieux, clercs et femmes le peuvent faire en deffendant, fors que les Eglises et chil aux quiex les espéciaux graces sont données du Roy, ou du seigneur qui tient en baronie, dedans sa

baronie. » Jean Faber remarque également que d'après l'usage de France, au XIVe siècle, le droit d'avoir un syndic ou procureur n'appartenait pas à toute corporation (1). Loysel avait ainsi formulé la règle et l'exception dans ses *Institutes coutumières* : « Jadis aussi nul de païs coutumier n'estoit receu à faire demande par procureur en la cour du Roy, sans ses lettres de grâce, si ce n'estoit pour prélat, communauté d'église ou des villes, ou pour défendre sa cause (2) ». Mais les corps ou communautés étaient, par le fait même de leur existence, autorisés à constituer des représentants chargés de défendre leurs intérêts et de poursuivre leurs actions. Ces procureurs élus par les membres du corps assemblé, à la pluralité des suffrages, conformément à la déclaration du 20 octobre 1703, avaient des pouvoirs plus ou moins larges selon que la communauté avait jugé à propos de les étendre ou de les limiter. Le fait des procureurs ou syndics était censé le fait du corps lui-même ; il obligeait la communauté dans toutes les choses qui n'excédaient pas les bornes de l'administration qui leur était confiée.

Considérées en général au point de vue de leur capacité, les communautés avaient à la fois plus et moins de droits que les particuliers. Elles avaient plus de droits en ce sens que la plupart d'entre elles étaient regardées comme en état de minorité perpétuelle. *Reipsa minorum jura habent.* En conséquence, elles pouvaient être restituées par lettres de rescision, pour cause de lésion considérable, contre les engagements qu'elles avaient contractés. Cette règle était fort ancienne. Les coutumes d'Anjou et du Maine, antérieures au XVIe siècle, disaient à propos des églises : « L'évêque... peut bien amender la condition de l'église, et ne la peut pas grièvement empi-

(1) *Instit.*, liv I, tit. *de rerum divis.*, § 1 *Universitas.*
(2) Liv. III, tit, 2, règle 4.

rer... car de ce elle pouroit estre restituée par le souverain, toutesfois o cognoissance de cause ; car l'église est toujours mineur » (1). Lorsque des contestations s'élevaient au sujet de la propriété des biens des communautés, soit qu'elles fussent demanderesses, soit qu'elles fussent défenderesses, les officiers du ministère public devaient prendre communication de leurs pièces et conclure dans l'instance. Une seule prescription leur était opposable, celle de quarante ans pour acquérir ou pour se libérer. Contre l'Etat lui-même, ou, selon l'expression de Loysel, « contre le Roi », il n'y avait prescription que de cent ans: Qui a plumé l'oie du roi, cent ans après en rend la plume » (2). Ce qui était l'application de la règle : *possession centenaire vaut titre* (3).

D'un autre côté, les personnes juridiques avaient moins de droits que les particuliers, soit pour aliéner, soit pour acquérir. Mais, à cet égard, il fallait distinguer entre elles.

Il y avait d'abord lieu de mettre à part l'Etat. L'Etat n'était pas considéré comme mineur. Il pouvait acquérir librement, il pouvait de même aliéner, tant du moins que l'inaliénabilité du domaine de la couronne ne fut pas inscrite comme un principe fondamental dans notre législation.

En dehors de l'Etat, il fallait distinguer deux classes de personnes juridiques : 1° celles qui tenaient leur capacité de leur nature même, et dont l'existence seule impliquait le droit d'acquérir et de posséder ; 2° celles qui pouvaient exister en fait, mais qui, pour devenir personnes morales, pour avoir la capacité d'acquérir et de posséder, avaient besoin de l'autorisation du souverain.

(1) *Cout. et institutions de l'Anjou et du Maine*, publiées par Beautemps-Beaupré, t. 2, p. 37, art. 10.

(2) *Instit. coutum.* liv. V, tit. 3, règle 16.

(3) Dumoulin, sur la *cout. de Paris*, § 7, n° 14.

La première classe embrassait l'Eglise, les paroisses, les villes, les bourgs, et toutes les communautés d'habitants. La seconde comprenait les corporations, les congrégations, les confréries et toutes les autres communautés.

Nous verrons plus loin quelle était la capacité des villes et des communautés d'habitants au point de vue du droit d'acquérir et d'aliéner. En ce qui concerne l'Eglise et les paroisses, il suffit de dire qu'une seule condition était mise à l'exercice de ce droit ; c'était l'autorisation du supérieur ecclésiastique, de l'évêque. « Les églises, disent les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, art. 12,... povent aliéner leurs choses ; c'est assavoir o le décret et auctorité du prelat, et non autrement. »

Les corps et communautés de la seconde classe ne devenaient personnes morales qu'après avoir obtenu, suivant les cas, une ou deux autorisations. Si le but auquel ils tendaient était purement civil et laïque, l'autorisation de l'Etat leur suffisait. Si, au contraire, ce but était religieux, ils avaient besoin de l'autorisation du pouvoir civil et de celle du pouvoir ecclésiastique.

Les communautés de cette classe ne pouvaient aliéner leurs immeubles qu'en vertu de la permission de l'autorité souveraine, et cette permission ne leur était accordée que pour des raisons très puissantes, après une enquête *de commodo et incommodo*.

Dans le dernier état de notre ancien droit, la faculté d'acquérir qui leur était reconnue était également limitée.

D'une part, elles ne pouvaient acquérir à tous les titres auxquels peuvent acquérir les particuliers. Ainsi les achats à fonds perdu leur étaient interdits à peine de confiscation. Elles ne pouvaient acheter un héritage moyennant une rente viagère qui excédait le revenu de l'immeuble, parce que l'excédant de cette rente représentait le fonds acquis par elles. Si, au contraire, la rente ne dépassait

pas le revenu, elle n'était pas considérée comme le prix de la chose aliénée, mais comme le prix de sa jouissance. Le cédant était censé avoir fait une donation, en se réservant l'usufruit de la chose donnée, usufruit représenté par la rente. Celle-ci d'ailleurs ne pouvait dépasser 5 %.

Elles n'avaient pas non plus le droit d'acquérir toutes les choses que pouvaient acheter les particuliers. Par un édit de 1749, Louis XV avait défendu aux communautés d'acquérir aucun immeuble corporel ou incorporel et à quelque titre que ce fût, sans autorisation préalable accordée par lettres-patentes dûment enregistrées. Il leur était interdit d'acheter des rentes constituées sur les particuliers, même dans les pays dont les coutumes réputaient meubles ces rentes. Mais elles pouvaient acquérir des choses mobilières et des rentes sur le roi, sur le clergé, sur les provinces et les villes, sur toutes les communautés. Les notaires avaient reçu l'ordre de s'abstenir de dresser les actes d'acquisition, en cas de non-autorisation, à peine de nullité du contrat, d'interdiction et d'amende contre l'officier public. Les personnes qui prêtaient leurs noms aux communautés pour ces acquisitions prohibées étaient passibles d'une amende de 3,000 livres (1).

Jusqu'à cet édit les communautés constituées en personnes juridiques n'étaient pas, à proprement parler incapables d'acheter des immeubles, mais elles ne pouvaient les retenir toujours. Elles étaient obligées de s'en dessaisir, lorsqu'elles en étaient requises, soit par les seigneurs de qui relevaient les héritages vendus, soit par le procureur du roi, à moins qu'elles n'eussent obtenu du souverain des lettres d'amortissement, qui leur communiquaient la capacité de posséder et de retenir ces

(1) L'édit de 1749 sera l'objet d'un examen spécial dans l'étude sur *la condition des biens*.

immeubles en indemnisant les seigneurs de qui ils dépendaient. C'est ce que Loysel exprimait par la règle suivante: « Gens d'église, de communauté, de morte-main peuvent acquérir au fief, seigneur et censive d'autrui ; mais ils sont contraignables d'en vuider leurs mains dans l'an et jour du commandement à eux faits, après l'exhibition de leur contrat (1). » Elle s'appliquait à tous les établissements de mainmorte, à tous ceux qui, selon l'expression consacrée, n'étaient *ni vivants, ni mourants.*

Les personnes juridiques pouvaient être relevées de l'incapacité de conserver les immeubles acquis par elles et de l'obligation de s'en dessaisir d'une manière absolue et d'une manière relative.

Elles en étaient relevées d'une manière absolue, lorsqu'elles recevaient des lettres d'amortissement du roi. Au souverain seul appartenait le droit d'amortir, c'est-à-dire d'autoriser les établissements de mainmorte à posséder des immeubles. L'ordonnance de 1372. rendue par Charles VI, lui avait réservé cette attribution, qui était auparavant exercée par les seigneurs. Lorsque le roi avait concédé des lettres d'amortissement, les seigneurs ne pouvaient obliger les communautés à se dessaisir des immeubles qu'elles avaient achetés. Mais celles-ci devaient payer une indemnité aux seigneurs pour réparer le préjudice que leur causait l'amortissement. Cette in-

(1) *Instit. coutum.*, liv. I, tit. I, règle 57. La plupart des coutumes avaient expressément formulé cet axiome féodal .V. *cout.* de Blois, art. 41 ; de Bretagne, art. 368 ; de Montargis, ch. I, art. 86 ; d'Orléans, art. 5 ; de Sens, art. 5 ; de Chauny, art. 44 ; d'Auxerre, art. 99 des anciennes coutumes, 40 et 41 de la nouvelle. En l'absence d'un texte précis, les seigneurs y suppléaient par un acte législatif spécial, tant que le droit de légiférer leur fut reconnu. En 1263, Marguerite de Hainaut et Guy de Dampierre, son fils, rendirent une ordonnance qui défendit aux clercs d'acquérir aucun fief, immeuble ou aucune rente. Boutillier, dans sa *Somme rurale,* liv I, tit. 84, et Dumoulin, sur la coutume de Paris, § 41, nos 60 et 134, n'hésitent pas à regarder cette règle comme un principe général et commun du royaume.

demnité avait été fixée en 1402 à la valeur du tiers de l'héritage, lorsqu'il était tenu du roi. Une déclaration du 9 mars 1700 la règla ainsi qu'il suit : les biens nobles mouvant immédiatement de la couronne payaient un tiers de leur valeur, les biens roturiers de la même mouvance devaient un cinquième, ainsi que les biens nobles relevant des seigneurs, enfin les immeubles de roture tenus de ces derniers payaient un sixième. Une déclaration de 1724 la fixa d'une manière plus générale au cinquième pour les biens nobles et au sixième pour les roturiers. Mais elle y ajoutait une indemnité à verser au trésor royal selon les coutumes des lieux, lorsque les immeubles étaient mouvants de la couronne. Quant à l'indemnité due aux seigneurs, en cas d'acquisition d'immeubles roturiers, elle était ordinairement du cinquième de la valeur, sauf à Sens, dans l'Anjou et le Maine, où elle était de trois années de revenu. Les héritages tenus en franc-alleu, c'est-à-dire qui ne relevaient ni du roi ni d'aucun seigneur, ne devaient naturellement aucune indemnité.

Mais la somme payée, soit au roi, soit aux suzerains immédiats, ne représentait que les profits que ces suzerains auraient perçus en cas d'aliénation de l'immeuble, si celui-ci était resté dans le commerce. Or, il pouvait se présenter une source de profits, les mutations par suite du décès du propriétaire; le roi ou les seigneurs étaient privés des taxes qu'ils touchaient en ce cas, puisque les personnes morales ne sont pas, comme les êtres physiques, sujettes à la mort naturelle. Comment remplacer ces taxes et ces droits de mutation ? La plupart des coutumes imposaient alors aux établissements de mainmorte l'obligation de constituer ce que les jurisconsultes appelaient un *vicaire*, un homme *vivant et mourant*, dont le décès donnait ouverture à la perception du droit de mutation. Elles désignaient une personne qui les représentait près du seigneur, et à la mort de laquelle celui-ci

percevait les droits de reprise de fief, s'il s'agissait d'une terre noble, les lods et ventes, s'il s'agissait d'une censive. Quelques-unes même de ces coutumes, telles que celles de Laon, art. 209, de Bar, art. 10, de Péronne, art. 76, de Bretagne, art. 368, de Montfort, art. 47, du Bourbonnais, art. 390, de Normandie, art. 140, exigeaient la constitution d'un homme *confisquant*. Par là, on entendait que dans le cas où cette personne viendrait à commettre un délit féodal contre le seigneur, par exemple à lui refuser la foi et l'hommage, à le frapper ou à l'injurier, ce qui donnait lieu à la saisie du fief, le seigneur pourrait confisquer l'immeuble possédé par l'établissement de mainmorte. Dumoulin disait à ce sujet que les praticiens de son temps considéraient comme un oracle, *tanquam Apollinis oraculum*, la règle en vertu de laquelle les communautés devaient constituer un homme confisquant. Mais il s'insurgeait contre elle, et déclarait que l'on ne pouvait équitablement frapper un établissement pour la faute d'un particulier. De fait, plusieurs coutumes repoussaient expressément cet usage ; Duplessis, Bacquet, Brodeau, Pocquet de Livonnière, d'autres juristes encore s'étaient ralliés à la judicieuse opinion de Dumoulin, qui avait été adoptée par le parlement de Paris. Comment dépouiller les communautés laïques et ecclésiastiques de leurs propriétés légitimement acquises, parce qu'un particulier avait manqué à ses devoirs et trahi la confiance qui avait été mise en lui? Comment un propriétaire fictif pouvait-il, par sa faute, provoquer la confiscation d'un héritage qu'il ne possédait pas ? Comment travestir en profits et droits utiles des peines établies pour réprimer des négligences ou des délits qui étaient exclusivement personnels et dont la responsabilité devait rester exclusivement sur celui qui les avait commis ?

Les personnes juridiques étaient relevées de leur incapacité de conserver les immeubles acquis par elles d'une manière relative dans deux circonstances :

1° Lorsque le seigneur avait donné son consentement à l'acquisition faite par la communauté, ce consentement le rendait non-recevable à requérir le déssaisissement de l'établissement de mainmorte et l'aliénation de l'immeuble. Mais cela ne le privait pas du droit d'exiger l'indemnité, à laquelle il n'était pas censé avoir renoncé en acquiesçant à l'acquisition.

2° Lorsque le roi ou le seigneur avait, sans donner un consentement exprès, laissé s'écouler trente ans depuis l'acquisition et n'avait point troublé la communauté pendant ce délai, il y avait alors prescription. Le seigneur était, en ce cas, présumé avoir renoncé à son droit. Non seulement il ne pouvait plus contraindre la communauté à vendre l'immeuble, mais il ne pouvait lui demander aucune indemnité. Quelques coutumes exigeaient un temps plus long pour cette prescription. Celle d'Orléans, par exemple, indiquait un laps de soixante années. Mais quelle qu'en fut la durée, la prescription ne s'appliquait qu'aux prestations pécuniaires. Les prestations honorifiques restaient en dehors. En matière de fiefs, le seigneur pouvait toujours obliger le *vicaire* à rendre la foi et l'hommage.

L'édit d'août 1749 réduisit encore le droit qu'avaient les communautés de posséder et d'acquérir des immeubles. Il comprit dans cette prohibition, comme je l'ai dit plus haut, toutes les propriétés immobilières, de quelque nature qu'elles fussent. « Voulons, dit son art. 16, que la disposition soit exécutée à quelque titre que les gens de mainmorte puissent acquérir lesdits biens mentionnés, soit par vente, adjudication, échange, cession ou transport, même au paiement de ce qui leur seroit dû, soit par donation entre vifs pure et simple, ou à charge de service ou fondation. » Les legs immobiliers faits aux communautés furent entièrement nuls; on ne leur en dut pas même l'estimation. Il fut défendu de léguer un immeuble à un particulier, à la charge de le revendre et d'en remettre

le prix à un établissement de mainmorte. Le fidéicommis était nul, parce qu'il était présumé fait dans le but de frauder la loi. Le legs d'un héritage fait à une communauté pour une fondation pieuse ou utile, à la charge par la communauté d'obtenir des lettres-patentes, ne fut pas davantage respecté. L'édit de 1749 dérogea expressément en cette occasion à la maxime romaine, d'après laquelle un legs fait à un incapable, sous la condition qu'il cessera de l'être, peut être valable. Pour posséder et acquérir des immeubles, les établissements de mainmorte durent désormais se pourvoir de lettres-patentes, qui ne purent être accordées ni enregistrées au parlement qu'après une information sur la nature et la valeur de l'immeuble, sur l'avantage ou les inconvénients de l'acquisition. L'édit de 1749 fut à cet égard une disposition nouvelle et radicale. Mais il n'interdit pas du moins aux communautés de rentrer dans les immeubles qu'elles avaient aliénés soit à bail emphytéotique, soit sous clause de réméré, soit à charge de résolution de la vente pour cause d'inaccomplissement des conditions imposées à l'acquéreur.

L'édit de 1749 interdit de même aux établissements de mainmorte d'exercer le retrait féodal, sauf à le céder à des tiers, car l'objet de la loi avait été uniquement d'empêcher les communautés d'acquérir des immeubles, et non de les dépouiller de leurs droits seigneuriaux. Elles conservèrent également le droit de commise, ainsi que le droit de déshérence, en vertu duquel le seigneur s'emparait des biens laissés par un intestat décédé sans succession. Mais, en ces cas, elles furent obligées de vendre dans l'année les immeubles qu'elles avaient ainsi recueillis. Faute par elles de satisfaire à cette obligation dans le délai prescrit, l'héritage devait être réuni au domaine royal, s'il était dans la mouvance immédiate du roi, ou à celui du seigneur à qui appartenait la mouvance. Encore cette

réunion devait-elle être demandée dans le délai d'une autre année, sinon elle s'opérait au profit du roi.

Ces règles générales ainsi posées, nous allons en étudier l'application aux divers établissements publics, aux corps ou communautés, tant ecclésiastiques que laïques; qui étaient perpétuels, et qui, étant censés toujours les mêmes, ne produisaient aucune perception du droit de mutation par suite de décès, ce qui leur avait fait donner le nom d'établissements de *mainmorte*.

CHAPITRE II

COMMUNAUTÉS D'HABITANTS

On a dit que le village est la forme première de la société, rien n'est plus vrai. Lorsque les hommes se sont groupés sur divers points du territoire pour le cultiver, lorsque le besoin de se nourrir et de se défendre les ont réunis, ils ont naturellement formé entre eux des associations dont tous les membres avaient des intérêts communs, et, par la force même des choses, ces associations ont dû recevoir une personnalité civile, distincte de celle des individus qui les composaient, parce qu'autres étaient les droits de la généralité des habitants considérés dans leur ensemble, autres ceux de ces habitants considérés dans leur individualité, leurs besoins et leurs intérêts privés.

On a appelé *communauté* la réunion de ces groupes formés par le voisinage de l'habitation et pour la défense d'intérêts communs, comme on a donné le nom de *communaux* aux biens dont les fruits étaient collectivement recueillis par les membres de l'association.

Il ne faut pas confondre la communauté d'habitants avec la commune jurée du moyen-âge. Celle-ci, en effet, résul-

tant d'une convention ou d'une concession qui pouvait disparaître, ne possédait que les droits qui lui avaient été spécialement attribués ; elle avait une existence contingente et artificielle. Celle-là, au contraire, était pour ainsi dire de droit naturel; elle s'était développée par sa propre force et n'avait pas besoin de titre pour être reconnue ; la loi écrite ne la déterminait pas. Bien que l'une et l'autre eussent la faculté de posséder et d'acquérir inhérente à leur qualité d'agrégation humaine, il convient de les distinguer, car, d'une part, la commune jouissait d'immunités qui n'appartenaient pas à la simple communauté, et, de l'autre, la seconde survécut en fait longtemps à la première. Nées d'une réaction contre le régime féodal, les communes disparurent pour la plupart avec lui ; peu d'entre elles eurent la fortune des communautés briançonnaises ou de celle de Bruyères, qui, modelée sur la charte de Laon en 1130, subsista intacte jusqu'en 1789, comme une petite république au sein de la monarchie. Les communautés villageoises, au contraire, plus humbles à leur origine et par conséquent plus dédaignées, grandirent lentement et finirent par conquérir une vitalité que leurs débuts ne pouvaient faire soupçonner.

Quel fut le berceau de ces communautés ? Les anciens jurisconsultes déclaraient qu'elles avaient existé « de tous les temps du monde » et qu'on ne pouvait assigner une date ou un lieu à leur naissance. Peut-être s'étaient-elles chez nous formées sur les ruines des villages gallo-romains qui, au témoignage du code Théodosien, possédaient un régime municipal avant l'invasion germanique et qui, au ve siècle, se réunissaient sous l'autorité d'un *défensor* ou syndic, dont le nom subsistera jusqu'au moyen-âge. En tout cas, lorsque la *communitas* apparait au XIIe siècle, elle a le caractère d'un simple fait, qui n'implique encore aucun droit positif. Cette communauté, c'est la

réunion des habitants d'une même paroisse (1) ; les seigneurs traitent déjà avec elle et par conséquent la reconnaissent. Mais nulle place ne lui est encore assignée dans la législation. Cependant, à la fin du XIII[e] siècle, un jurisconsulte, Beaumanoir, leur attribue déjà une existence légale en traitant des *viles campestres* et des *viles bateices* (2). Les premières sont celles dont les habitants sont *hommes de poeste* (3) : le bailli de Vermandois les oppose en effet aux *bones viles*, qui sont habitées par des bourgeois. Les *viles bateices* au contraire paraissent être celles dont les habitants sont libres, quoiqu'ils n'aient pas de commune (4).

L'association de la *ville bateice* est si étroite que l'on ne peut en sortir sans quitter la localité où elle a été formée. On y est enchaîné par le fait de la résidence. Elle a été constituée dans un triple but, d'après Beaumanoir : réparer l'église, les chemins, les ponts, les gués, soutenir des procès pour maintenir les droits de tous et garder les coutumes, c'est-à-dire s'opposer à l'augmentation des taxes seigneuriales. Ce fut même en proclamant bien haut

(1) *Communitates patriæ parochiarum adessent*, dit Suger dans la vie de Louis le Gros. — *Illuc presbyteri cum parochianis suis vexilla tulerunt*, dit Orderic Vital, en parlant des paysans armés qui marchent sous l'enseigne de leur paroisse, en 1094, pour faire respecter la trêve de Dieu. Au XIII[e] siècle en Champagne et en Bourgogne, le nom de *communitas* est pris dans les actes publics par un grand nombre de villages. V. Garnier, *op. cit.*, t. III. p. 421, 450.

(2) *Cout.* du Beauvoisis, ch. IV, XXI, et du Hainaut, ch. CV, art. dern.

(3) Ces communautés villageoises comptaient beaucoup d'*hospites*, tenanciers soumis à des redevances à raison de leur séjour sur la terre accensée, des *cottiers*, des *homines casati*, des *tailliables*, tous sujets d'un seigneur à des titres divers.

(4) D'après une ordonnance de 1325, ils n'auraient pas été soumis à la taille. Le mot de *bateice* vient peut-être de ce que ces lieux étaient fortifiés de châteaux de bois appelés *bastresches*, *baltresches* (*Glossaire* de Ragueau et Laurière, v° *Battresches*). Froissart parle cependant de *viles batices* « qui point ne sont fermées. » (*Chroniques*, liv. I, § 255). Remarquons que le mot *ville* s'entend ici également des cités et des villages, et même plus particulièrement de ces derniers. « En chacune villa bateice, hors citez, chastiaus et bours, » dit un document cité par Du Cange.

ce triple but que les communautés se firent reconnaître par les grands pouvoirs contemporains. En contribuant pour une part à l'entretien des édifices religieux, en levant sur leurs membres des tailles pour les reconstruire ou les réparer, les communautés villageoises gagnèrent la faveur du clergé. La royauté n'avait pas un moindre intérêt à les accepter, parce qu'elle était incapable de répartir exactement l'impôt entre les contribuables. Elle ne pouvait en effet ni s'adresser aux seigneurs, qui l'eussent trompée, ni à ses agents subalternes, étrangers aux localités ; elle fit élire les collecteurs des aides par les habitants eux-mêmes, et atteignit ainsi un résultat considérable : chacun des habitants fut solidaire du paiement de la contribution commune. De leur côté, les seigneurs ne pouvaient traiter avec l'association sans l'autoriser à constituer des procureurs pour la représenter. Ces procureurs, « establis » pour un contrat ou un procès, devinrent bientôt les fondés de pouvoir généraux des habitants : ils administrèrent les intérêts communs, et, en se déchargeant sur eux des dépenses locales, les seigneurs les laissèrent, en échange, librement percevoir les taxes qui devaient y subvenir et en surveiller l'emploi.

Les communautés reçurent ainsi le droit de nommer des officiers qui prirent, selon la nature de leurs attributions, le titre de procureurs, de sergents, de messiers, (pour la garde des moissons), de *vigniers* (pour celle des vignes), de *corniers*, de prud'hommes chargés de répartir les tailles, même de maires, de jurés, *majores*, *jurati*, et d'échevins (1). Il est à remarquer que si la plupart des chartes d'affranchissement accordées aux communautés villageoises du XIIIe au XVIe siècles mentionnent expres-

(1) V. Garnier, *op. cit.*, t. II, p. 281 ; transaction de 1270 entre les habitants de Couchey et leur seigneur. V. aussi charte d'Irancy près Auxerre, de 1292, et celle de Milly-sous-Dun (Yonne), de 1296.

sément la faculté d'élire un maire et des jurés, ce qui implique qu'avant elles les communautés ne jouissaient pas de ce droit, d'autres au contraire supposent l'existence antérieure de ces officiers du *commun*. Il semble même qu'en général les seigneurs se soient bornés à reconnaître cette existence, à la sanctionner, au lieu de concéder le droit de nomination comme un privilége. Cela étonnera peu, lorsqu'on se sera rendu compte des attributions de ces officiers, au moins de celles du maire, placé à leur tête. L'ancien *villicus* des temps mérovingiens, devenu *major* au moyen-âge, n'était qu'un intendant, *major domus*, chargé à la fois d'une partie de l'autorité du seigneur, de ses intérêts et de ceux des habitants. Sous Charlemagne, il était investi de l'administration rurale et domestique, il remplissait même une mission judiciaire, sous les ordres et la surveillance des *judices*. C'était un officier intermédiaire entre le vicaire et le prévôt, qui rendait des comptes au seigneur dont il tenait ses pouvoirs. Il était par conséquent, à l'origine, revêtu d'une qualité publique, ou tout au moins du droit de représenter le seigneur. L'affranchissement eut pour effet de faire sortir cette charge de la catégorie des offices seigneuriaux pour la faire passer dans celle des fonctions municipales. Les intérêts du seigneur et ceux des habitants furent ainsi confondus, et le *maïeur* dut prêter serment de les défendre également (1). Mais il existait des villages dont les habitants, malgré leur servitude, étaient en possession sinon du droit, au moins de l'usage de désigner à leur seigneur l'homme qui y percevrait les droits et exigerait les services auxquels ils étaient assujétis. Cet usage fut maintenu, en quelque sorte légalisé par la charte d'affranchissement. Bien mieux, la place de maire qui s'était

(1) Charte de Meuvy, de 1333 (Serrigny, *des anciennes communautés villageoises*).

insensiblement transformée en un bénéfice, un revenu, presque en une propriété, devint une charge communale elle changea de caractère, et s'éleva au rang d'une fonction administrative.

L'émancipation, et, par suite, le libre choix des officiers de la communauté furent aussi pour la plupart des seigneurs, un moyen de retenir ou d'attirer dans leurs domaines les bras qui en faisaient la richesse. La guerre de cent ans, qui ébranla profondément l'état social de la France et ruina la noblesse, servit peut-être mieux les paysans. Sans doute, elle décima les villages, elle dépeupla les campagnes, elle les réduisit quelquefois à « si grande povreté » que l'on vit des communautés, impuissantes à payer leurs chartes d'affranchissement, offrir de s'acquitter envers leur seigneur en faisant célébrer des messes basses pour lui et ses héritiers. Mais, tandis que l'aristocratie était affamee dans ses donjons pour la plupart dévastés, le villageois se relevait, réparait sa chaumière et, grâce à un labeur obstiné, guérissait les plaies faites par l'invasion. Pour obtenir son concours, les seigneurs lui accordèrent des droits nouveaux : on l'admit dans les assemblées où se rédigèrent les coutumes, et, au xv[e] siècle, il fut pour la première fois appelé à choisir des délégués qui avaient mission d'élire les députés aux Etats généraux de 1484.

L'entrée plus ou moins complète des communautés rurales dans la vie publique réagit donc, comme cela était naturel, sur leur participation, en tant que communautés, aux droits de la vie civile. Les coutumes reconnurent expressément a leurs membres la faculté de s'assembler pour délibérer sur leurs intérêts communs, mais sous la condition d'en obtenir la permission du seigneur haut justicier. « Gens de poetey, dit l'art. 6 du tit. XIII de la coutume du duché de Bourgogne, ne se pevent assembler ni faire giets ni collectes sur eux ne faire ou passer procuration sans l'autorité et licence de leur seigneur hault jus-

ticier et, en son refus et délay, doivent recourir au prince ou à ses officiers(1).» C'était d'ailleurs une maxime de droit public, même dans les pays de droit écrit, que les habitants d'une paroisse ne pouvaient se réunir sans l'autorisation de leur seigneur ou de ses officiers de justice. Quant à celle du prince, sollicitée en cas de refus du seigneur immédiat, les coutumes bourguignonnes seules la mentionnaient formellement. Mais elle était, dans les autres contrées coutumières, en quelque sorte sous-entendue, car on pouvait toujours recourir à l'autorité du souverain fieffeux (2).

Les ordonnances avaient déterminé le lieu où devaient se tenir les assemblées (3). Elles se réunissaient dans les lieux publics, tels que les auditoires de justice ou tout autre endroit affecté aux plaids. Après avoir été convoqués à un délai de quinzaine, au prône de la messe paroissiale ou à l'issue de celle-ci depuis la déclaration du 16 décembre 1698, qui dispensa les curés de faire au prône des publications relatives aux intérêts temporels, les habitants, de l'autorité du juge, nommaient les collecteurs, messiers, marguilliers, fabriciens. Ils prêtaient serment entre les mains du magistrat et délibéraient sur toutes les affaires de la communauté. Les forains devaient y être appelés ou au moins représentés. A cet effet, tous les ans ou tous les trois mois, on tenait une assemblée générale, à laquelle ils étaient convoqués, et où l'on élisait trois

(1) V. aussi *Cout.* du comté de Bourgogne, ch. xv ; d'Auvergne, tit. II, art. 6 et 7 ; du Nivernais, ch. I, art. 7.

(2) Les communautés pouvaient toutefois s'assembler sans la licence seigneuriale dans quatre cas : lorsqu'il s'agissait de la répartition des tailles royales, parce qu'alors l'autorité du roi l'emportait sur celle du seigneur ; lorsqu'elles avaient reçu le droit d'élire des échevins, pour procéder à cette élection ; lorsqu'il s'agissait de poursuivre un procès contre le seigneur ; enfin, quand il fallait s'imposer pour la réparation de l'église paroissiale ou l'entretien du culte.

(3) V. ord. de juin 1559, art. 7.

d'entr'eux qui étaient obligés, à peine d'amende arbitraire, d'assister à toutes les autres réunions de la communauté et d'y donner leurs suffrages. Un de ces députés sortait chaque année, lorsqu'il avait été nommé pour trois ans. Ils devaient élire un domicile dans le territoire, pour y recevoir les significations nécessaires.

Quant au nombre d'habitants dont la réunion pouvait constituer une assemblée régulière, on estimait qu'il ne devait pas être inférieur à dix. L'art. 7, ch. I, de la coutume du Nivernais disait : « Peuples et sujets outre nombre de dix, s'ils n'ont de ce charte et privilége, ou s'ils n'ont corps et communauté approuvés, ne se peuvent assembler..... » C'était une maxime constante que dix habitants faisaient une communauté. Au-dessous de ce chiffre, les délibérations étaient nulles, d'après la jurisprudence de la cour des aides (1). Cependant, lorsque la communauté comptait cent habitants et plus, dix de ces membres n'auraient pas suffi pour contracter un emprunt considérable ou transiger sur un procès important. Il était alors indispensable de réunir au moins les deux tiers des habitants (2). Si, même, il s'agissait de vendre des communaux, de s'assujetir à un droit de banalité, à une corvée ou à une servitude, il fallait le consentement de tous les habitants sans exception (3).

D'ailleurs, la communauté subsistait, quel que fût le nombre auquel ses membres étaient réduits. N'y en eût-il plus qu'un seul, il représentait le village et pouvait en exercer tous les droits (4).

(1) De la Poix de Fréminville, *Traité général du gouvernement des biens des communautés*, p. 190.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, ch. 29, nos 22, 23 : Legrand, sur la cout. de Troyes, art. 64 ; Tronçon, sur celle de Paris, art. 61.

(3) Ferrière, sur Paris, art. 71 ; Brodeau, sur le même art. ; Bouvot, t. II, v° *communauté*.

(4) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. xv, n° 3. A l'origine, les femmes comme les hommes étaient admises dans les assemblées. En

Nul ne pouvait présider l'assemblée communale, sauf le juge seigneurial à l'origine, puis, à partir du XVIIIe siècle, les syndics, qui furent investis de cette mission même en présence de ce juge ou du représentant de la couronne. Quand les titulaires en fonctions étaient récusés ou absents, ils étaient remplacés par leurs prédécesseurs. Dans les questions qui s'élevaient sur les droits seigneuriaux, aucune délibération ne pouvait être prise séance tenante, mais elle était, à peine de nullité, ajournée à huitaine, afin de prendre l'avis de conseils spéciaux.

J'ai déjà dit que, par le fait seul de leur existence, les communautés d'habitants avaient le droit d'acquérir des héritages, soit en franc-alleu, soit en fief, soit en censive. Ce droit demeura longtemps intact. L'édit de 1749 seulement vint y apporter une restriction, comme pour tous les autres établissements de mainmorte. Il exigea une autorisation préalable, exprimée dans des lettres-patentes. On leur défendit même, à partir de cette date, d'acheter sans permission des rentes constituées, sauf celles sur le roi.

1316, à Cauterets, dans les Pyrénées, on y appela les *voisins et voisines*, pour savoir s'ils voulaient accepter de l'abbé un emplacement pour le bourg et pour les bains. En 13.1, dans une petite localité de Bourgogne, tous ceux qui « veulent, peuvent et doivent », dit l'acte, interviennent à une transaction, et parmi les assistants figurent des noms de femmes et de filles. En 1576, on voit encore des veuves prendre part à l'élection des députés aux États-généraux dans un village de Champagne, à Garchy. Toutefois, à partir du XVe siècle, il semble que les hommes seuls soient admis aux assemblées de la paroisse, quoique les actes de cette époque se bornent à énoncer les habitants du lieu comme ayant pris part aux délibérations générales. Il est certain du reste qu'à cet égard aucune règle absolue n'était tracée : mais le principe était plus favorable qu'hostile au suffrage universel. Il eût été difficile en effet de faire des exclusions, au sein des communautés rurales surtout : ainsi, dans les petites localités de la généralité de Paris, on admettait aux délibérations les célibataires inscrits sur le rôle de la taille, tandis que, dans les grandes, on ne comptait pas leurs suffrages. Ce fut la monarchie absolue qui professa la première la doctrine d'après laquelle il fallait payer la taille pour avoir voix délibérative.

Les communautés avaient par conséquent le droit de posséder, et de fait, dès le XIIe siècle, on les voit jouir soit de biens ruraux, restes des propriétés des anciens municipes gallo-romains ou concédés par les seigneurs, soit de droits d'usage dans les terres et forêts seigneuriales. On les admit même d'abord à acquérir ces biens ou ces droits par une possession immémoriale et, si les coutumes réformées ne parurent pas disposées à les confirmer dans cette faculté, Dumoulin, Coquille, Boucheul, Loysel, Balmaison, sur la coutume d'Auvergne, et plusieurs autres jurisconsultes n'hésitèrent pas à proclamer comme une règle du droit commun la prescriptibilité des droits d'usage par un laps de cent ans. Le sol forestier surtout, qui n'avait alors presque aucune valeur, fut souvent abandonné sans contradiction aux vilains, Mais, lorsqu'il fut défriché, il excita plus tard la convoitise des seigneurs, principalement au temps des guerres de religion. L'ordonnance de Blois dut prescrire des poursuites contre ceux-ci qui s'étaient « accommodés par force ou par ruse » des terres dont jouissaient les communautés villageoises. Henri IV autorisa les paysans à rentrer, moyennant remboursement, dans la propriété de leurs usages et de leurs *communes*, que les charges de la guerre les avaient contraints à vendre à vil prix. Louis XIII rendit des décisions analogues et Louis XIV, qui consacra une partie de son règne à donner une organisation nouvelle aux communautés rurales, s'empressa d'imiter son prédécesseur. L'édit de 1667 défendit à toutes personnes de troubler les communautés dans la pleine et entière possession de leurs immeubles ou de leurs usages, et l'ordonnance de 1669 régla la manière dont elles devaient jouir des bois et des rivières qui leur appartenaient (1).

(1) A l'égard des bois, l'ordonnance imposait aux communautés l'obligation d'en laisser un quart en réserve pour faire de la futaie et servir aux réparations des églises, ponts et autres monuments publics. La pêche devait être amodiée au profit des communautés, et le prix en était employé aux besoins les plus pressants.

Les groupes d'habitants avaient en outre le droit d'aliéner leurs propriétés, et ce droit leur appartenait depuis un temps immémorial (1). Mais l'exercice de ce droit était en principe soumis à l'autorisation du seigneur (2), autorisation qui leur était également nécessaire pour transiger (3). Cependant, en fait, on rencontre de nombreux exemples d'aliénation de biens communaux dépourvue de ce contrôle préalable, soit qu'on ait usurpé cette faculté, soit que les seigneurs donnassent trop facilement leur consentement. Les communautés en usèrent même avec si peu de mesure, elles achetèrent et, pour payer leurs acquisitions, empruntèrent, hypothéquèrent leurs biens avec une telle prodigalité, elle escomptèrent si bien l'avenir au profit du présent, que la monarchie absolue jugea nécessaire d'intervenir afin de rétablir l'ordre dans leurs finances épuisées. Ainsi, en 1601, Henri IV permit aux communautés bourguignonnes de céder leur terres, leurs prés et leurs bois pour acquitter leurs dettes, ce qui indique que dès cette époque la royauté se mêlait de surveiller les aliénations communales. Depuis longtemps déjà, elle s'ingérait dans la vérification des comptes communaux, et cherchait à en enlever l'approbation aux juges locaux pour la donner aux officiers de ses élections. Pour modérer le zèle imprudent avec lequel les communautés se livraient à des dépenses d'intérêt com-

(1) V. *Lex Salic.* et *Lex Ripuar*; loi des Burgondes, tit. LVII.

(2) *Cout.* du Beauvoisis, ch. I; Boutillier, *Somme rurale*, tit. XLVII; De la Poix de Fréminville, *Traité du gouvernement des biens des communautés d'habitants*, p. 40, 41; Garnier, *op. cit.*, t. II, p. 289. Toutefois Dunod dit dans son *Traité de la mainmorte*, p. 34, que les villages francs pouvaient aliéner leurs communaux en appelant à la délibération leur seigneur, non à titre de seigneur, mais à titre de premier habitant.

(3) V. Beaumanoir et Boutillier, *loc. cit.* Deux arrêts du parlement de Flandre, du 28 fév. 1771 et du 29 juillet 1777, cités par Leber, (*Histoire du pouvoir municipal*, p. 565), décidèrent au contraire que l'autorisation de justice suffisait.

mun, il leur avait été défendu de lever sur elles-mêmes aucune contribution, sans des lettres d'assiette, pour la délivrance desquelles le fisc leur faisait payer des droits exorbitants. Cela ne parut pas suffisant : Louis XIV les trouva si appauvries, si ruinées qu'il frappa un grand coup. La déclaration du 7 juin 1659 les déclara mineures ; leur tutelle passa entre les mains royales, et il leur fut désormais interdit d'aliéner ou d'emprunter sans la permission du souverain. L'édit d'avril 1667, qui leur remit le tiers auquel le roi pouvait avoir droit dans les usages, pâtis ou bois communaux, les autorisa à rentrer, dans le mois, sans autre formalité de justice, dans toutes les propriétés vendues par elles ou données en emphytéose depuis l'année 1620, et dans toutes les autres, pendant un délai de dix ans, à la charge de rembourser les acquéreurs du prix des aliénations faites pour causes légitimes. Elle furent même autorisées à ne point payer une partie de leurs dettes (1). Malheureusement, en déclarant les biens des communautés inaliénables et imprescriptibles, le roi soumit celles-ci à une réglementation excessive. Les intendants intervinrent dans tous les actes de leur existence ; ils les arrachèrent peu à peu à l'autorité de leurs seigneurs ; ils leur assurèrent sans doute le bénéfice d'une adminis-

(1) Le préambule de cet édit est très remarquable. « Les intérêts des communautés, y est-il dit, sont ordinairement des plus mal soutenus : rien n'est davantage exposé que leurs biens, dont chacun s'estime le maître... on les a partagés ; chacun s'en est accommodé suivant sa bienséance, et pour en dépouiller les communautés, on s'est servi de dettes simulées, et abusé pour cet effet des formes de la justice... Les habitants privés des moyens de faire subsister leurs familles, ont été forcés d'abandonner leurs maisons... les bestiaux ont péri, les terres sont demeurées incultes, les manufactures et le commerce en ont souffert, le public en a reçu des préjudices très considérables... Comme nous n'avons rien davantage à cœur que de garantir les plus faibles de l'oppression des plus puissants, et de faire trouver aux plus nécessiteux du soulagement dans leurs misères, nous avons estimé que nous ne pourrions employer de moyen plus convenable à cet effet que de faire rentrer les communautés dans leurs usages et communes aliénées. »

tration moins coûteuse, mais ils leur imposèrent de nouvelles charges et de nouveaux devoirs. La centralisation n'est pas une pure libéralité; elle ne fait rien gratuitement. Si elle accrut la prospérité des villageois, elle accrut aussi leurs impôts; elle les soumit partout aux corvées, au service de la milice, elle assura l'ordre aux dépens de leur liberté.

Toutefois, il convient de le reconnaître, les villages perdirent moins que les villes à cet excès d'administration. L'édit du 27 août 1692 avait établi en office héréditaire la mairie de chaque communauté. Cette magistrature vénale ne se substitua réellement à la magistrature élective que dans les cités. On essaya bien, en mars 1702, de créer un syndic perpétuel dans chacune des paroisses qui n'avaient pas encore de maire. Mais les paysans n'étaient pas riches, et ne voulurent pas acheter de l'Etat une charge qu'ils avaient tenue jusque là des suffrages de leurs concitoyens. Il fut donc nécessaire de leur rendre, en 1717, l'élection de leurs syndics; ceux-ci même se multiplièrent : au XVIII° siècle, on les rencontre presque partout, là où il n'en existait pas encore au XVII°. Les municipalités rurales s'organisèrent ainsi lentement, sous la direction des intendants qui fixèrent leurs attributions et le nombre de leurs agents, en déterminant d'une manière plus précise le rôle des assemblées de la communauté. L'œuvre de la royauté fut complétée par l'édit de 1787 qui substitua le régime représentatif à la démocratie fort tumultueuse, selon Turgot, de ces assemblées. C'était l'inauguration du système moderne que la loi du 14 décembre 1789 se contenta de consacrer.

Les attributions des anciennes assemblées communales portaient sur tous les points qui intéressaient la communauté. Elles étaient à la fois délibératives et exécutives. Les habitants réunis en corps décidaient en premier ressort, depuis l'édit de 1667, et sous réserve de l'appro-

bation de l'intendant, dont l'autorité était ici substituée à celle du seigneur, les ventes, les achats, les échanges, les locations de biens communaux, la réparation des églises, des presbytères, des édifices publics, des ponts, des chaussées; ils fixaient quelquefois le ban de vendanges; ils arrêtaient même la taxe de certaines marchandises et le salaire quotidien des ouvriers. Mais leur intervention était surtout nécessaire lorsqu'il s'agissait d'intenter un procès au nom de la généralité des habitants. Pour prévenir l'accroissement des dettes communes, qui naissent le plus souvent de mauvaises contestations, une déclaration du 2 octobre 1703 défendit aux maires, aux échevins, jurats et consuls des communautés de former aucune demande soit en première instance, soit en appel, sans avoir obtenu le consentement de l'assemblée générale des habitants et l'autorisation écrite de l'intendant de la province. Elle mit les frais du procès intenté sans ce double assentiment à la charge des maires ou syndics qui auraient négligé de le provoquer, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels ces officiers pouvaient être condamnés vis-à-vis de leur communauté. Un arrêt du conseil d'Etat, du 8 août 1713, exigea les mêmes formalités pour les instances dans lesquelles les villes et villages jouaient le rôle de défendeur (1).

(1) Il y avait peut-être un moyen plus expéditif et plus simple d'empêcher les communautés de se ruiner dans les procès. C'était d'enlever la connaissance de leurs contestations aux tribunaux ordinaires devant lesquels les frais, y compris les épices et les voyages, étaient exorbitants. A la justice si onéreuse et si lente des presidiaux et des parlements, les intendants avaient tenté de substituer la juridiction rapide et gratuite de l'administration. « Je termine tous les procès sans formalités, du jour au lendemain, écrivait Bouchu, intendant de Bourgogne, à Colbert, sans aucune chicane, sans frais et presque toujours sans que les parties soient présentes... Ç'a été le salut de toutes les communautés. » Bouchu se vantait peut-être; en tout cas, les parlements furent plus puissants que lui et le roi lui défendit de chasser sur leurs attributions. L'autorisation préalable administrative resta la seule protection des communautés, comme aujourd'hui, dans les affaires civiles, celle des communes.

D'après l'ordonnance de 1667, tit. xxvii, art. 12, les communautés d'habitants avaient six ans, au lieu de trois, pour appeler d'un jugement signifié, un an, au lieu de six mois, pour se pourvoir par requête civile contre un arrêt et six mois, au lieu de trois, pour former une requête semblable contre la sentence d'un présidial. Cette voie ne leur était d'ailleurs ouverte que lorsque son emploi avait été autorisé par une délibération de l'assemblée et par une consultation d'avocats.

Aux termes de l'ordonnance de 1670, tit. xxi, lorsqu'un délit avait été commis par l'ordre d'une communauté ou par la majorité de ses habitants, il était censé commis par elle, qui en devenait responsable. En conséquence, les villes, bourgs et villages pouvaient être poursuivis pour rebellion, violence ou tout autre crime qu'ils avaient ordonné, encouragé, ou dont s'était rendu coupable un groupe de leurs habitants dépassant en nombre la moitié. Les communautés devaient, en ce cas, nommer un syndic ou député, et, à défaut de cette désignation, le juge leur donnait un curateur, qui figurait en nom dans toute la procédure, excepté dans le jugement qui la terminait, parce que celui-ci pouvait être rendu seulement contre la communauté. Les seules peines applicables étaient naturellement les déchéances de priviléges, les amendes et réparations civiles qui étaient supportées par la masse des habitants.

Quant aux charges communes, je les ai déjà indiquées pour la plupart. L'une des principales était la réparation de la nef de la paroisse. Pendant les premiers temps du moyen-âge, l'entretien des églises avait été laissé à la charge des décimateurs et des titulaires des cures. Mais lorsque le régime féodal commença à décliner, et lorsqu'en revanche les communautés d'habitants eurent étendu leurs possessions, le clergé se déchargea sur elles d'une partie de cet entretien. En 1335, un concile de Rouen décide que

les gros décimateurs payeraient seulement les réparations du chœur. La jurisprudence fut moins précise : elle pencha tantôt du côté des paroisses, tantôt du côté de leurs ministres. L'art. 22 de l'édit d'avril 1695 finit par adopter le partage fait par le concile de Rouen et par mettre à la charge des paroissiens la nef des églises, la clôture des cimetières et le logement des curés, en laissant le chœur à celle des décimateurs. Les propriétaires forains, y compris le seigneur, étaient assujettis aux dépenses imposées pour cet objet aux habitants, tandis qu'ils ne contribuaient pas à la réfection des chemins. En échange de cette contribution, les membres des communautés avaient le droit d'administrer la paroisse, sous l'autorité du curé ; l'église était pour eux une part du patrimoine commun: ils délibéraient en public, mais en premier ressort seulement, sur ses besoins et ses intérêts temporels.

Enfin les communautés villageoises avaient, du moins à l'origine, une certaine part à l'administration de la justice. La règle « justice n'est mie à vilain » ne signifiait pas que le villageois libre n'était jamais admis à connaître des contestations soulevées entre ses égaux, mais seulement qu'il n'avait ni la responsabilité, ni les profits de la justice. Les tenanciers ou les simples censitaires participaient donc à l'administration judiciaire de deux façons : d'une part, la justice pouvait être déléguée au maire ou au prévôt choisi dans leur sein; de l'autre, le juge seigneurial ne jugeait le plus souvent dans ses *plaids* qu'avec l'assistance de conseillers pris parmi les habitants du village. Il en était ainsi dans le Béarn, en Alsace, en Bourgogne dans les premières années du moyen-âge. La sentence était rendue par le juge, mais elle était délibérée par les paysans élus pour assister aux jugements de la cour, *curtis*. Cette juridiction de famille, qui protégeait efficacement la communauté contre les désordres intérieurs ou les troubles du dehors, ne disparut que dans les orages qui agitèrent la France à partir du XIVe siècle.

CHAPITRE III

COMMUNAUTÉS SERVILES

Dans le chapitre qui précède, j'ai parlé des « viles bateices », c'est-à-dire des communautés formées, d'après Beaumanoir, pour défendre des intérêts communs, pour réparer les ponts, les églises, les chaussées, pour soutenir les procès de l'association dans les lieux qui ne possédaient pas de commune. Ces « viles bateices » supposaient la liberté de leurs membres. Mais quelle était la situation juridique des simples communautés serviles? Avaient-elles une personnalité civile et jouissaient-elles de quelque capacité ?

Nous savons que dans certaines parties de la France les serfs s'étaient associés et avaient obtenu par ce lien spontané un adoucissement à leur condition. Bien loin de répugner à cette association, les seigneurs avaient intérêt à la favoriser, car elle aidait au développement de la culture et facilitait la perception des redevances féodales. Guy Coquille lui donne le nom caractéristique de « ménage des champs, » et il en décrit la nature ainsi qu'il suit : « Plusieurs personnes doivent estre assemblées en une famille pour démener ce ménage, qui est fort laborieux... les uns servans pour labourer et toucher les bœufs... les autres pour mener les vaches et les jumens en champ, les autres pour mener les brebis et les moutons, les autres pour conduire les porcs. Ces familles ainsi composées de plusieurs personnes qui toutes sont employées chacune selon son âge, sexe et moyens, sont régies par un seul, qui se nomme *maistre* de communauté, *élu* à cette charge par les autres, lequel commande à tous... va aux affaires... a pouvoir d'obliger ses *parsonniers* en choses mobilières qui concernent

le fait de la communauté, et lui seul est nommé ès rôles des tailles et subsides. Par ces argumens se peut cognoistre que ces communautez sont vraies familles et collége qui, par considération de l'intellect, sont comme un corps composé de plusieurs membres, combien que les membres soient séparez l'un de l'autre ; mais par fraternité, amitié et liaison œconomique font un seul corps... Ils s'entretiennent comme un corps politique, qui par subrogation doit durer toujours... Par les anciennes lois de ce païs (le Nivernais)..., a été constitué, pour les retenir en communauté, que ceux qui ne seroient en la communauté ne succéderoient aux autres et on ne leur succéderoit aussi. » Ces communautés ainsi curieusement décrites et dont M. Dupin a retrouvé la trace dans le Morvan en plein XIXe siècle (1), s'étaient fondées sur le lien de la parenté, mais d'une parenté dont on ne pouvait retrouver l'origine, et par suite dont on ne pouvait déterminer le primitif apport. Aussi l'on pouvait sortir de l'association, mais il était impossible de la dissoudre et de rien emporter en la quittant. Elles avaient, outre leurs biens acquis, leurs bestiaux et leurs instruments agricoles, une caisse commune, qui servait à l'entretien des associés, mais les mâles seuls étaient admis au nombre de ces derniers ; les femmes ne comptaient point parmi les communiers, si ce n'est pour la satisfaction de leurs besoins matériels. Quand un homme non marié venait à mourir, ses associés ne recueillaient point sa part par voie de succession ; ils conservaient le fonds par droit de non-décroissement, *jure non decrescendi*. Etait-il marié et laissait-il des enfants ? Ses fils, entrés de plein droit dans la communauté par le fait seul de leur naissance, n'héritaient que de son pécule, composé de la dot de sa femme et des biens héréditaires maternels, et ce pécule se partageait entre les descendants

(1) *Coutume du Nivernais*, annexes, p. 472.

mâles et femelles du défunt. Quant au reste de ses biens, il appartenait à la communauté. Les filles avaient droit à une dot, pourvu qu'elle ne fût pas prise sur les fonds communs. Ces associations constituaient donc une véritable personne juridique, dont le *maître* était le représentant légal.

A côté de ces communautés de famille, particulières aux pays où le servage s'était maintenu, il existait dans les mêmes contrées d'autres communautés qui ne résultaient pas de l'habitation sous le même toit ou dans le même *bordelage*, mais seulement de l'agglomération de plusieurs serfs ou mainmortables dans la même localité. Ces groupes de serfs ne pouvaient avoir, comme corps, plus de droits que chacun de leurs membres pris isolément. En conséquence, ils n'avaient pas la capacité de faire les actes de la vie civile sans l'assentiment du maître dont ils dépendaient. C'était l'application du principe général posé par les coutumes de mainmorte, et qui est ainsi formulé par les vieux *stilles* du duché de Bourgogne, art. 135 : « Personne mainmortable ne se peut lier, ne obliger, ne faire contract sans la licence de son seigneur. » Par suite, lorsqu'ils possédaient des communaux, ils ne pouvaient les aliéner sans l'autorisation préalable du baron, donnée en connaissance de cause, c'est-à-dire sur la spécification précise des conditions de l'aliénation. De même, ils ne pouvaient pas plus que les communautés d'*hommes de poeste*, c'est-à-dire d'hommes soumis à la justice du seigneur, mais non serfs, s'assembler ou donner procuration sans la permission de celui-ci, et l'omission de cette licence rendait nulle toute délibération prise par eux. Si toutefois le seigneur ne protestait pas, s'il laissait écouler un certain laps de temps, une année par exemple, sans intervenir, il était réputé avoir approuvé la délibération qui devenait alors valide, surtout lorsqu'elle avait eu pour objet de contracter avec un tiers, règle qui s'appliquait également aux communautés franches. Du reste, les seigneurs autorisaient souvent les habi-

tants d'un village soumis à la mainmorte à accepter des arbitrages, à se réunir pour reconnaître leurs droits seigneuriaux, et les chartes d'affranchissement constatent fréquemment des cas où ces habitants avaient la faculté de constituer des syndics, des procureurs, des *asséeurs* pour lever et répartir la taille, des messiers, etc., sans y avoir été préalablement autorisés par leur maître (1). Mais, en général, il leur fallait une concession spéciale pour exercer cette faculté (2). Il leur était absolument interdit de s'enfermer dans une enceinte ou de se clore par des fortifications, privilège réservé aux localités franches (3). De tous ces faits, on peut conclure que, bien qu'elles n'eussent point en général de magistrats municipaux, auxquels fût délégué le soin de veiller aux intérêts de tous (4), les communautés serviles exerçaient cependant la plupart des droits qui appartenaient aux communautés d'hommes libres, chacun des intéressés devant intervenir toutes les fois qu'il y avait une décision à prendre. Leur personnalité civile était donc implicitement reconnue dès le XIIIe siècle (5), mais elle était imparfaite et précaire, en ce sens qu'elle dépendait de la volonté des seigneurs.

(1) V. Dunod, *Traité de la mainmorte*, p. 28 ; Garnier, *op. cit.*, t. I, p. 353, t. III, p. 445, 506. En 1744, un arrêt du parlement de Bourgogne, contraire à une sentence arbitrale rendue à Dijon en 1497, décida que les habitants d'une petite bourgade n'étaient pas *gens de poeste*, quoique mainmortables, et pouvaient s'assembler sans la permission de leur seigneur. Cet arrêt établit une distinction caractéristique entre l'*homme de poeste* et le serf. On pouvait en effet être soumis au droit de mainmorte sans être sujet en haute justice de celui au profit de qui ce droit était stipulé.

(2) Simonnet, *Documents inédits*, p. 218.

(3) V. charte d'affranchissement de Villaines-en-Duesmois, de 1575 ; Garnier, *op. cit.*, t. III, p. 146.

(4) On voit cependant des communautés serviles posséder des *maires* avant leur affranchissement dès le XIIIe siècle. (*Grand Pastoral*, 1, III, 6, 30 ; VII, 42, 45.)

(5) Léopold Delisle, *Etudes sur la condition de la classe agricole* — V. *Cartulaire de N.-D. de Paris*, et *Grand Pastoral*, 1, III, 1, 6, 12.

CHAPITRE IV

CORPORATIONS

I. *Confréries et corporations ouvrières.* — Conformément à la loi romaine, l'ancien droit professait comme une maxime constante, qu'en dehors des monastères, aucune corporation laïque ou ecclésiastique ne pouvait se former sans l'autorisation du souverain (1). « Toutes assemblées de plusieurs personnes en un corps, dit Domat, sont illicites à cause du danger de celles qui pourroient avoir pour fin quelque entreprise contre le public ; celles même qui n'ont pour fin que de justes causes ne peuvent se former sans une expresse approbation du souverain, sans la reconnaissance de l'utilité qui s'y peut trouver (2). » L'art. 185 de l'ord. de 1539, l'art. 10 de celle d'Orléans et l'art. 37 de celle de Blois défendirent expressément la formation de confréries laïques d'artisans, à l'exception de celles qui avaient un but pieux ou charitable et qui étaient autorisées par les pouvoirs civil et ecclésiastique.

De même, les statuts des corporations n'étaient réputés avoir force de loi qu'après avoir été approuvés par lettres royales dûment enregistrées. Cette règle générale qui apparait déjà sous les Mérovingiens, puisqu'un décret de

(1) L. 3, *Dig.*, *de collegiis* ; l. 5, *Dig.*, *de jure immunitatis*, § 12; *Cod.*, *de episc. et cler.* — Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, ch. 1, § 2, *Cout.* du Nivernais, ch. I, art. 7 ; du Bourbonnais, art. 19 ; de la Marche, tit. *des juridictions*, art. 6 ; Jean des Mares, *décis.* 46; Bodin, *République*, liv. III, ch. 7 ; Loyseau, *Traité des offices*, liv. V, ch. 7 ; Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. III, règle 23 ; Soefve, t. II, cent. I, ch. 79 ; Boniface, t. I, liv. VIII, tit. III, ch. 2. — Quant au régime et à la capacité civile des communautés religieuses, elles seront l'objet d'un examen spécial lors de l'étude sur *la condition des biens*.

(2) *Droit public*, liv. I, tit. II, section 2, art. 14.

Dagobert II réglemente en 630 la corporation des boulangers, est exprimée formellement par les capitulaires de 800, 803 et 864 et par un synode tenu à Rouen en 1189. « Il y a, dit ce synode, des clercs et des laïques qui forment des associations pour se secourir mutuellement dans toutes espèces d'affaires et spécialement dans leur négoce, portant une peine contre ceux qui s'opposent à leurs statuts. La Sainte Ecriture a en horreur de pareilles associations ou confréries de laïques ou d'ecclésiastiques, parce qu'en les observant on est exposé à se parjurer. En conséquence, nous défendons, sous peine d'excommunication, qu'on fasse de semblables associations ou qu'on observe celles qui auraient été faites. » Mais, malgré les défenses des rois et des conciles, les confréries qui tiraient pour la plupart leur origine de la *ghilde* germanique, se maintinrent, non-seulement pour assurer une protection à leurs membres actifs, mais encore pour exercer un contrôle sur les œuvres de chaque métier, pour prévenir les fraudes dans le commerce et l'industrie, pour exiger l'exécution consciencieuse des travaux manuels. Plusieurs d'entre elles prirent la forme de confréries religieuses pour mieux se faire accepter et sollicitèrent l'autorisation souveraine. On voit avant 1070 une ghilde se former à Valenciennes sous le nom de *Confrérie de la Charité* et faire confirmer par le comte de Flandre ses statuts qui obligent ses membres, presque tous *mercatores*, à se prêter assistance dans la ville et hors la ville, sous l'autorité d'un prévôt et de 24 assesseurs (1). Sous Saint-Louis, le prévôt de Paris, Etienne Boileau, rédige en 1260 le *livre des Métiers*, qui renferme les statuts de la plupart des corporations industrielles parisiennes, et il constate que certaines d'entre elles faisaient remonter leur existence légale jusqu'à la première moitié du VIII[e] siècle (2). Il

(1) Wauters, *Les libertés communales en Belgique*, p. 256.

(2) « Li Mortelliers, dit-il, sont quite du gueit et tout tailleur de pierres très le tans Charles Martel, si come li prudhomme l'eu

constate également que la royauté se bornait à fixer par un acte authentique les statuts arrêtés par leurs membres. Le premier acte royal qui autorise une corporation d'artisans à Paris, celle des huiliers, date de juillet 1061. Philippe-Auguste parait s'être aussi occupé d'approuver des statuts corporatifs. Néanmoins les chartes royales qui confirment l'existence légale des corporations sont rares au XII[e] siècle, elles ne deviennent un peu plus fréquentes qu'au XIII[e]; au XIV[e] presque tous les métiers en demandèrent. Ceux qui s'abstinrent furent obligés de se dissimuler, sinon de disparaître. Quelques corporations seules surnagèrent, soit parce qu'on les réputa autorisées de toute antiquité, soit parce qu'on les toléra à cause de leur utilité (1). Il en fut ainsi de celles des épiciers, des tanneurs, des vitriers de Paris. Mais l'une des plus considérables de ces dernières, et qui fut plus tard enrichie de nombreux priviléges par la monarchie, est assurément la *communauté des marchands fréquentant la rivière de Loire et autres fleuves descendant en icelle*, héritière directe des *nautæ Ligerici* gallo-romains que l'on perd de vue au V[e] siècle et que l'on retrouve au XIV[e], sous la forme d'une puissante confédération commerciale, créée d'elle-même

oï dire de père à fil. » — Etienne Boileau a rédigé les statuts de plus de cent corporations parisiennes. V. son *livre des Métiers* publié par M. Depping, dans la collection des *Documents inédits de l'Histoire de France*, et Fagniez, *Etudes sur l'industrie et les classes industrielles à Paris*, 1877.

(1) La corporation des bouchers, qui parait remonter jusqu'à l'occupation romaine, ne reçut des statuts qu'en 1587. Mais elle était reconnue en fait par plusieurs ordonnances royales, telle que celle de 1381, qui statuait sur la réception de ses maîtres. Celle des orfèvres fut dispensée de solliciter l'autorisation royale. — A côté de ces corporations, il ne faut pas omettre de placer les associations ouvrières formées par les compagnons ou ouvriers d'un même métier pour s'entr'aider et résister quelquefois aux exigences des maîtres. Un curieux exemple des associations formées dans ce dernier but est le *strike* des garçons boulangers de Colmar, qui date de 1495, et dont l'histoire a été publiée par l'abbé Merklen, dans les *Notes et documents sur l'Alsace*, de M. Mossmann.

et sans la volonté du prince, qui ne se borne pas, comme la *hanse* des *marchands de l'eau* de Paris, ou la *compagnie normande* de Rouen, à exercer le monopole de la navigation sur la Seine, mais qui relie entre eux les corps des marchands riverains de la Loire, les individualise et les représente en fait et en droit. Elle constitue un être collectif, une personne civile qui fait sien tout grief causé à l'un de ses membres, et qui a qualité pour en demander la réparation; elle est dans une certaine mesure dispensatrice et arbitre des droits de péage régaliens et se porte partie civile dans les poursuites intentées pour faire supprimer ceux que les seigneurs avaient établis sur la Loire sans la licence royale; elle a ses assemblées générales, son receveur général, son greffier, ses avocats, ses deux procureurs généraux qui instrumentent concurremment avec celui du parlement; elle s'affilie les corporations marchandes des villes qu'elle englobe dans ses liens; c'est une société d'assurance et de secours mutuels qui, moyennant une cotisation proportionnelle appelée *droit de boîte*, assiste tous ses membres; elle traite, plaide et fait imprimer en 1558 les arrêts obtenus par la ligue contre les usurpateurs de ses droits; elle jouit depuis 1428 d'un privilége de juridiction qui attribue, *omisso medio*, la connaissance de ses litiges au parlement de Paris; enfin elle défend fièrement pendant quatre siècles sa devise : *ex libertate commercii ubertas*, et ne finit par s'éteindre sous les étreintes de la centralisation administrative de Louis XV, qu'après avoir joui d'une autorité et d'un prestige que les faveurs royales ont peut-être accrus, mais que la liberté seule pouvait lui donner (1).

Si la monarchie n'intervint d'abord que pour régulariser l'existence des corporations et pour assurer l'exécution de leurs statuts, elle ne tarda pas à se mêler plus directe-

(1) V. son *Histoire*, par M. Mantellier, 1870.

ment de leur organisation. En 1305, Philippe-le-Bel abolit toutes les associations, même les confréries religieuses, et interdit aux Parisiens toutes les réunions de plus de cinq personnes, sous aucun prétexte. Cette interdiction ne fut point d'ailleurs de longue durée, car, en 1307, il autorisait de nouveau la communauté des *marchands de l'eau* et, en 1308, rétablissait celle des drapiers, sous la réserve de ne s'assembler qu'une fois par an, avec l'autorisation du prévôt de Paris et en présence du procureur du roi. En 1358, après les troubles excités par les violences de la Jacquerie, le régent Charles V défendit à toutes les corporations de se réunir ailleurs qu'à l'église sans sa permission, et annonça l'intention de modifier les anciens statuts, « plutôt faits, disait-il, pour le profit des personnes du métier que pour le bien commun. » La réforme annoncée n'aurait été du reste que favorable à la liberté du travail ; elle avait pour but d'autoriser « tous ceux qui peuvent faire œuvre bonne à *ouvrer* (travailler) en la ville de Paris (1). Mais les corporations résistèrent et les six corps de métiers dans lesquels elles se fondirent plus tard reculèrent de plusieurs siècles l'avénement de ce régime libéral dont le Dauphin peut revendiquer l'honorable initiative.

Chacun des métiers était gouverné par un ou plusieurs syndics, nommés *prud'hommes*, *jurés*, *gardes du métier*. élus par leurs pairs ou par le prévôt de Paris et chargés de représenter en justice la corporation, sans avoir besoin d'une autorisation spéciale du roi. Ils jugeaient aussi les différends soulevés entre ses membres, les contraventions aux statuts, recevaient les apprentis, et veillaient à l'exécution du contrat passé entre le patron et la famille qui plaçait chez lui un enfant pour un laps de temps variable d'une à dix années. A l'hérédité qui était le principe général des corporations romaines, notre ancien droit avait

(1) *Ordonn. des rois de France*, t. III, p. 262.

substitué l'apprentissage, facile et léger pour les fils légitimes des maîtres, car on conférait souvent la maîtrise à des enfants en bas âge, mais rude et pénible pour les étrangers à la corporation. Les syndics présidaient à la réception du novice qui avait accompli son stage et produit son chef d'œuvre et recevaient son serment « sur sainz qu'il garderoit le mestier bien et léaument. » Le nouveau *maître* payait au roi un tribut de 5 à 30 sols (25 à 160 fr.), faisait un présent à ses confrères et leur donnait un repas, véritable fléau des institutions corporatives, car ces dépenses considérables retenaient dans le compagnonnage un grand nombre d'ouvriers pauvres. De plus, les syndics visitaient les métiers, afin de s'assurer si l'on ne fabriquait pas dans un atelier un objet qui devait être fabriqué dans un autre et si l'on n'employait pas des matières premières de mauvaise qualité, cas auquel l'œuvre était *arse* (brûlée), outre une amende de 5 sols perçue au profit du roi (1). De plus, l'œuvre *méprise* ou mal exécutée entraînait le paiement d'une amende semblable, d'après l'ordonnance prévôtale de 1320, ou de dix sols, selon celle de 1250 sur la police du royaume, qui permettait en certains cas, par exemple aux cordonniers, d'employer une autre matière que celle dont l'emploi avait été originairement prescrit, quand on avait représenté au roi qu'elle était « loyale et profitable. »

Les corps de métiers avaient des revenus ordinaires, produits par leurs immeubles, et des revenus casuels qui se composaient du droit payé par leurs membres lors de leur réception, des taxes d'apprentissage et d'une partie des amendes encourues pour infraction aux règlements. Lorsque leurs revenus étaient insuffisants, ils obtenaient l'autorisation de s'imposer (2). Ils étaient donc capables

(1) *Règlement* d'Etienne Boileau, tit. XLVI.
(2) *Olim*, t. III, 2e partie, 941.

d'acquérir, d'aliéner, de faire en un mot tous les actes de la vie civile. Leurs syndics contractaient en ce cas pour la communauté, et, dans ce but, mais seulement par exception, l'autorité publique leur concédait le privilége de posséder un sceau. Ainsi les orfèvres, les bouchers et les monnayers de Paris en avaient un au XIIIe siècle. C'était même, d'après Ferrière, avec l'*arca communis* ou le trésor commun, l'un des caractères auxquels on reconnaissait une communauté.

J'ai dit plus haut que les syndics jugeaient les différends survenus entre les membres de la corporation et leur appliquaient des amendes. Mais ce droit de juridiction leur fut souvent disputé par le prévôt de Paris, et même par les justices seigneuriales, notamment au XIIIe siècle. L'abbaye de Sainte-Geneviève, le chapitre de Notre-Dame de Paris se prétendaient, par exemple, en possession de connaître de tous les délits commis par les artisans domiciliés sur leur territoire (1). Dans plusieurs transactions passées avec l'évêque ou les chapitres de leur ville capitale, les rois Philippe-Auguste, Philippe-le-Hardi et Philippe-le-Bel se réservèrent formellement la connaissance des affaires commerciales et des infractions commises dans l'exercice de leur métier par les maitres et compagnons (1). Charles V soumit en 1372 à l'autorité unique du prévôt de Paris toutes les contestations relatives à l'observation des statuts et des usages industriels ou commerciaux (3), et un arrêt du parlement, du 9 décembre 1396, reconnut cette compétence exclusive qu'en 1383, Charles VI se soumettait encore à partager avec les hauts justiciers (4). Par une exception due sans doute à la nature de leur industrie, les peintres ima-

(1) *Cartul. de Notre-Dame*, III, 440 ; *Ordonn.*, t. IV, 614.
(2) *Olim*, II, 604 ; *Cartul. de Notre-Dame*, I, 122.
(3) *Ordonn.*, t. V, 526.
(4) *Ordonn.*, t. VI, 685.

giers, les enlumineurs, brodeurs et émailleurs parisiens étaient justiciables de l'évêque au XIIIe siècle.

L'histoire des corporations ouvrières ne rentre pas dans le cadre de cette étude. Il suffit de rappeler qu'au XVIe siècle, la royauté s'empara du droit de donner les lettres de maîtrise et que l'édit de décembre 1581 autorisa les maîtres reçus à Paris à exercer leur métier dans tout le royaume, et ceux d'une ville de parlement à s'établir dans tout le ressort de ce parlement. Tous les artisans furent assujettis à la maîtrise et à la jurande, et l'édit d'avril 1597 y soumit également les marchands. Au XVIIIe siècle, le système des corporations, ruiné théoriquement par les économistes, fut supprimé en mars 1776 par Louis XVI ou plutôt par Turgot, puis, après la disgrâce de ce ministre, rétabli du moins en partie par l'édit d'avril 1777. Un règlement provisoire, enregistré en 1782, donna aux vieilles communautés une nouvelle organisation qui subsista jusqu'en 1791. Le 13 février de cette année, les maîtrises et les jurandes, que l'Assemblée constituante voulait simplement réformer, furent abolies, sous prétexte qu'on ne devait laisser debout aucun privilége, et l'on condamna même jusqu'aux caisses de secours mutuels créées dans les anciennes corporations pour assister les ouvriers malades, parce qu'elles étaient attentatoires aux droits de l'Etat. Les corporations disparurent donc, moins parce qu'elles avaient donné naissance à des abus, que parce que, dans la nouvelle conception gouvernementale, la nation ne devait tolérer devant elle que des individus isolés.

II. *Universités.* — Outre les corps d'arts et métiers, l'ancienne France possédait un grand nombre d'autres communautés qui jouissaient de la personnalité civile, mais à la condition d'une autorisation préalable. Parmi elles, au premier rang, nous rencontrons les universités et en particulier celle de Paris, qui à ce point de vue peut servir de type pour l'étude des autres.

Paris posséda longtemps des écoles avant d'avoir une université. Dès le douzième siècle, il avait plusieurs professeurs en théologie et en philosophie, dont les uns appartenaient à l'école du chapitre de Notre-Dame et les autres aux écoles des différents cloîtres, notamment à celle de Saint-Victor et de Sainte-Geneviève. Au commencement du XIIIe siècle, on voit apparaître la corporation des *scholares*, écoliers et professeurs, à qui Philippe-Auguste accorda en 1200 un privilége de juridiction. Plusieurs étudiants avaient péri dans une rixe où un officier du roi semblait gravement inculpé. Philippe-Auguste prit les *scholares* sous sa protection : il décida que leur recteur ne pourrait être arrêté et que le prévôt aurait le droit de mettre la main sur les écoliers ou les maitres qui commettraient un délit, mais à la charge de les traduire, comme clercs, devant les tribunaux ecclésiastiques. Quant à la juridiction civile pour les dettes des étudiants et les réclamations qui leur étaient adressées, le professeur l'exerçait lui-même sur son élève. *Quilibet magister forum sui scholaris habeat*, disaient les statuts de 1215 (1). Comme demandeurs, les étudiants étaient justiciables de la justice royale ; comme défendeurs, ils l'étaient, soit des juges d'église, soit de leurs maitres. Les procès qui intéressaient la corporation entière étaient déférés au roi et, à partir de l'ordonnance de 1446, à son parlement.

En 1208, le pape Innocent III est saisi par les *scholares* d'une demande à l'effet de constituer un syndic ou un procureur pour défendre les intérêts de la corporation. Il leur accorde cette autorisation et les qualifie pour la première fois d'*université*, *vestra universitas*. « Bien que, d'après le droit commun, dit-il, vous puissiez instituer un procureur, nous vous accordons cependant, par les présentes, la faculté d'en choisir un pour agir et répondre. » Si cette faculté

(1) Bulæus, lib. III, p. 82.

dérivait en effet du droit commun ou du droit romain, elle était contraire au droit coutumier, ainsi que l'établit Jean Faber au xiv° siècle. « D'après l'usage de France, dit ce jurisconsulte, le droit d'avoir un syndic n'appartient pas à toute corporation. »

C'est donc à partir de Philippe-Auguste et d'Innocent III que l'Université de Paris peut être regardée comme définitivement constituée à titre de communauté et que son existence comme corps est reconnue. Elle n'a pas alors de statuts, et elle n'en eut jamais, de généraux au moins. On se contentait d'en édicter de particuliers, toutes les fois que le besoin s'en faisait sentir. Il y en eut ainsi en 1215, en 1344, en 1370, en 1452, en 1534, en 1598. Mais dans leur ensemble comme dans leurs détails, ils ne forment pas une véritable constitution complète, comme d'autres universités en possédèrent. Quoiqu'elle n'eût pas une loi spéciale, la grande école parisienne n'en fut pas moins savamment et minutieusement organisée par ses propres usages. Divisée en quatre nations, la française, l'anglaise ou l'allemande, la picarde et la normande, dans lesquelles se répartissaient les professeurs et les étudiants, selon leur origine, mais sans distinction de facultés, placée sous l'autorité d'un recteur élu d'abord tous les mois, puis tous les trois mois, à partir de 1278, par des électeurs désignés au sein de la Faculté des Arts et choisi exclusivement parmi les membres de celle-ci, elle avait au-dessous de lui deux conservateurs, le prévôt de Paris, conservateur des privilèges royaux et un conservateur des privilèges apostoliques, dont la charge purement honorifique était réservée aux évêques de Meaux, de Beauvais et de Senlis, et finit par ne plus être conférée dans les dernières années du xvi° siècle. On voit par là que l'Université avait un caractère mixte, qu'elle tenait son existence de deux pouvoirs, du roi et de la Papauté. Elle avait aussi, comme je l'ai dit plus haut, deux juridictions: la juridiction civile du

prévôt de Paris et plus tard du châtelet, pour les affaires civiles des étudiants et des maîtres ; la juridiction ecclésiastique pour leurs affaires criminelles, lorsqu'ils étaient poursuivis, sans parler de sa juridiction propre sur les contestations relatives à l'enseignement, à la discipline scolaire, aux loyers, aux achats de livres des écoliers. Cette juridiction particulière était confiée au recteur et aux procureurs des quatre nations, assistés des doyens des facultés de théologie, de droit canon et de médecine, depuis le milieu du XIIIe siècle, c'est-à-dire depuis le moment où ces facultés formèrent des colléges séparés. Enfin les promotions se faisaient dans toutes les facultés avec l'agrément du chancelier de Notre-Dame. Celui de Sainte-Geneviève pouvait cependant conférer les grades aux étudiants de philosophie, et à l'origine même, à ceux des autres facultés (1). L'un et l'autre étaient considérés comme les délégués du Pape, au nom de qui ils donnaient la licence d'enseigner en tous lieux, *hic et ubique terrarum*.

L'Université possédait des colléges fort nombreux, qui avaient été fondés par de charitables libéralités en faveur des étudiants pauvres, et où ceux-ci vivaient sous une surveillance particulière. Mais le but de ces pieuses fondations ne tarda pas à être oublié et, riches ou indigents, tous les écoliers s'habituèrent à vivre dans ces pensionnats qui offraient un paisible asile à leurs études et les mettaient en communication plus directe avec leurs professeurs. L'usage devint en peu de temps si général que, dès le XVe siècle, on donnait un nom particulier aux étudiants qui ne logeaient pas dans les colléges ; on les appelait *Martinets*. Malgré leurs charges nombreuses, ces établissements n'étaient pas très-opulents. Le corps de l'Université lui même était pauvre : il ne possédait pas même une maison à Paris et allait tenir ses assemblées dans les

(1) Crevier, t. I, p. 292, 426, 463.

cloîtres (1). C'est à cette pauvreté même que l'institution dut la puissance qui la rendait si redoutable. Toute sa force reposait dans son autorité spirituelle, dans son désintéressement, dans son profond dédain des biens temporels, dans son indépendance absolue du pouvoir : elle ne l'ignora jamais et méprisa les richesses qui l'eussent asservie, pour demeurer constamment maîtresse d'elle même et des siens. D'ailleurs, elle n'avait pas besoin d'être propriétaire de locaux pour recevoir ses élèves. Il suffisait à chaque faculté d'une salle pour les leçons de ses professeurs et de la jouissance d'une église. Tous les revenus universitaires consistaient dans les redevances payées par les étudiants comme honoraires à leurs professeurs. Encore étaient-elles abandonnées à leur discrétion et ne devaient pas dépasser 6 écus d'or par an pour chaque maître. Les étudiants pauvres étaient, par suite, instruits gratuitement (2). A Orléans, il y avait un peu plus d'aisance, au moins parmi les écoliers de la nation allemande, qui possédaient une riche bibliothèque, au témoignage d'un historien (3).

III. *Hospices.* — A côté des universités, corporations mixtes, qui tenaient à la fois de l'établissement laïque et de l'établissement ecclésiastique, nous pouvons placer les hôpitaux qui ont le même caractère.

Les hospices sont des institutions éminemment chrétiennes, bien que les sociétés païennes aient recouru parfois à certains moyens officiels de soulager la misère ou la douleur que ne secourait pas la commisération privée. Sans le Christianisme, le monde moderne n'aurait point connu les asiles ouverts d'abord aux pèlerins, aux convalescents, aux orphelins, aux vieillards, aux indigents,

(1) Bulœus, t. III, p. 568.
(2) *Stat. facult. artium*, art. 32.
(3) Le Maire, *Histoire d'Orléans*, p. 389.

sous les noms de *Nosocomia*, de *Villæ languentium*, de *Orphanotrophia*, de *Ptochia*, de *Xénodochia*, d'*Hospitalia*, puis d'hôtels-Dieu, d'hôpitaux, de maladreries, aux infirmes et aux malades de toute nature, y compris les infortunés qu'atteignait la lèpre ou le *mal des ardents*. La gestion de ces établissements, créés surtout autour des cathédrales et des monastères, était en général confiée, à l'origine, à des ecclésiastiques placés sous la surveillance des évêques, quoique Saint-Grégoire ait recommandé de la donner de préférence à des laïques (2). Mais des abus se produisirent; la discipline s'étant relâchée, l'administration hospitalière fut souvent convertie en bénéfice, et une part des revenus, qui devait être consacrée aux pauvres, fut détournée de sa véritable destination. Aussi les conciles s'élevèrent autant que les ordonnances contre ces spoliations. Celui de Vienne défendit, en 1311, de conférer des hospices à titre de bénéfice à des clercs séculiers et ordonna de les faire administrer par des laïques capables, qui restaient placés sous la surveillance de l'ordinaire, auquel ils rendaient compte. Le pape Clément V, le concile de Trente renouvelèrent plus tard ces prescriptions que s'appropria, dans l'ordre civil, l'ordonnance de Blois, art. 65 à 67. Elle voulut que les administrateurs ne fussent désormais ni nobles, ni ecclésiastiques, ni officiers, mais simples bourgeois, bons économes, qu'ils restassent trois ans en charge et qu'ils fussent choisis par les fondateurs. Malheureusement, elle ne fut pas mieux exécutée que les édits de 1543, du 20 juin 1546, du 12 février 1553, du 23 juillet 1560 et l'ordonnance de Moulins, qui l'avaient précédée ; on fut obligé, à plusieurs reprises, notamment en

(1) A l'imitation des hospices épiscopaux, dont le concile d'Aix-la-Chapelle, de 816, prescrivait la fondation, de petits hôpitaux furent établis par la charité privée sur le parcours des anciennes voies romaines devenues les grandes routes du moyen-âge, et peuvent ainsi servir à la détermination de ces voies.

(2) Fleury, *Histoire ecclésiastique*, t. VIII, liv. 36, § 16.

1612, de créer des commissions de réforme, qui fonctionnèrent sous Henri IV et Louis XIII et eurent plus d'efficacité. En 1662, Louis XIV institua un hôpital général pour les pauvres, les mendiants invalides et les orphelins dans toutes les villes ou gros bourgs du royaume où il n'en existait pas. Il fut ainsi amené à fournir des ressources à ces nouveaux établissements et à leur imposer une administration. Ce double but fut atteint par l'édit de 1692 qui réunit aux hôpitaux généraux les biens des maladreries supprimées, précédemment attribués en 1664 et 1672 aux ordres de St-Lazare et du Mont-Carmel, et par deux déclarations de 1695 et de 1696, qui déterminèrent le mode de gestion des hospices. Ces déclarations mirent fin à la diversité de régime qui se produisait dans les établissements hospitaliers, presque tous soumis à des règlements différents; elles donnèrent un pouvoir absolu et sans contrôle aux bureaux d'administration, dans lesquels la préséance continua d'appartenir aux archevêques ou évêques, mais, par là même, elles ne firent pas cesser tous les abus qu'elles se proposaient de prévenir, parce que le bon ordre et la régularité ne peuvent résulter que d'une active surveillance. Néanmoins, la fortune des hospices n'en souffrit pas beaucoup. En 1791, on évaluait leur nombre en France à 1155 et le montant de leurs revenus à 28 millions.

A la même époque, Louis XIV soumettait les hôpitaux au régime des autres communautés, c'est-à-dire à l'autorisation préalable. Un édit de décembre 1666 défendit d'établir des colléges, communautés religieuses et séculières, *même sous prétexte d'hospice,* sans une permission expresse du roi, qui la donnait par lettres-patentes enregistrées au parlement et au bailliage auxquels ressortissaient les lieux. Il voulut en outre que l'on consultât l'autorité ecclésiastique et les maires, échevins, consuls ou jurats des villes ou bourgs. En un mot, les établissements hospitaliers, dont la fondation était jusqu'alors demeurée libre, durent être

désormais autorisés. Ils ne furent pas néanmoins assujettis à la tutelle administrative comme les autres corps et communautés. L'ordonnance de 1667, relative aux hospices de Paris, et celle de 1698 sur les hospices en général dispensaient formellement ou implicitement ces institutions charitables de demander l'autorisation d'ester en justice, soit pour intenter une action, soit pour y défendre. Elles ne les obligeaient qu'à se munir, dans ce but, d'une délibération prise en assemblée générale par les directeurs en exercice, les anciens directeurs et les habitants qui avaient le droit d'assister aux assemblées générales de la commune (1).

Les hôpitaux avaient évidemment le droit de posséder, et ils étaient, à cet égard, considérés comme des établissements de mainmorte, soumis aux obligations qui pesaient sur ceux-ci. La plupart des anciens statuts leur concédaient le droit de succession sur les biens meubles des personnes qui y décédaient. Telle était la disposition de l'art 34 du règlement de 1522 sur l'hospice des Quinze-Vingts à Paris, et celle des statuts de l'hospice de la Charité de Lyon, approuvés par lettres-patentes du 5 janvier 1729. L'art. 17 de ces derniers statuts accordait un droit d'hérédité à la maison, « à l'exclusion des collatéraux, sur les biens meubles et effets mobiliers que les pauvres auroient lors de leur réception audit hôpital, sans qu'ils en pussent disposer entre vifs ou à cause de mort, ni faire aucune promesse, obligation ou autre contrat, ni acte quelconque, si ce n'est du consentement des recteurs, à peine de nullité, sauf auxdits pauvres à disposer de leurs immeubles, ainsi qu'ils aviseroient. » Cette interdiction de disposer a été abrogée virtuellement par la loi du 20 ventôse an XII. Mais à l'égard des objets mobiliers apportés dans un hôpital par un individu qui y décède ensuite, un avis du Conseil d'Etat du 3 novembre 1809 les attribue à l'hospice, par application des statuts dont je viens de parler.

(1) Ordonnnance de 1698, art 5 et 12.

LIVRE DEUXIÈME

DU MARIAGE

TITRE I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

C'est dans le droit canonique qu'il faut chercher, pour la période de notre ancienne législation, la définition du mariage. Le droit coutumier ne négligeait pas de déterminer les effets civils de cet engagement solennel, mais il en abandonnait les formes aux lois ecclésiastiques, parce que c'était, disait-il, « coze dont l'église doit avoir cognoissance » (1). A ses yeux le mariage n'était pas seulement un contrat civil, mais un sacrement conférant la grâce (2); il appartenait donc à l'Église d'en fixer les règles comme d'en donner la définition. Sans doute, il ne déniait pas à l'homme et à la femme livrés à eux-mêmes, sans liens sociaux ni religieux, le droit de s'unir sous les conditions qu'ils jugeraient à propos de s'imposer. Mais c'était là une union purement naturelle, destituée de tous effets civils. Dans une société gouvernée par des lois comme la société chrétienne. cette union charnelle devait être soumise à certaines conditions de capacité et de formes sans lesquelles elle n'était qu'une simple cohabitation de fait. A la défi-

(1) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, t. I, p. 277, édit. Beugnot.
(2) Concil. Trident., 24e sess., c. 1.

nition ordinaire du mariage, *maris et feminæ conjunctio individuam vitæ retinens*, les canonistes ajoutaient donc celle-ci qui le caractérisait plus exactement : *novæ legis sacramentum quo vir et mulier baptizati corporum suorum dominium mutuo tradunt et accipiunt, secundum prescriptum legum divinarum et humanarum, et ad usum conjugalem.* Il en résultait que le contrat civil et le sacrement, quoique formant deux réalités, ne pouvaient se séparer, en ce sens que le contrat était la matière nécessaire du sacrement. *Sine contractu nequit sacramentum* (1).

Ce principe engendra deux graves conséquences : le mariage devint consensuel et indissoluble. Chez les Romains, au moins sous le régime de la *coemptio*, et chez la plupart des Barbares, Germains, Visigoths, Saxons, Danois, Brehons, le mari achetait sa femme des père et mère ou des parents de celle-ci : il l'achetait même souvent sans la connaître. C'était la seule marchandise qu'on ne montrât pas à l'acheteur avant qu'il l'emportât, quoique la vente ne devînt définitive que par la consommation. L'Eglise releva la femme en répudiant l'idée brutale de l'achat, dont on retrouve à peine un souvenir affaibli dans les coutumes, et en professant que le mariage, même comme sacrement, résulterait du seul échange des volontés des parties (2). Les esclaves purent, avec la permission de leurs maitres, contracter une union qui n'était pas le simple *contubernium* romain, quoiqu'elle ne produisit pas tous les effets civils. L'absence même du consentement seigneurial ou

(1) V. St Thomas et Carrière, *de Matrimonio*, n° 563.

(2) « L'essence du sacrement n'est pas la célebration par le prêtre, mais le consentement du mari et de sa conjointe. » (Pierre Lombard, *dist.* XXVII). Cette doctrine a si bien pénétré l'Europe qu'aujourd'hui encore, en Allemagne, en Ecosse, par exemple, une union consentie et accomplie dans une intention de mariage, abstraction faite de la loi civile, a la valeur d'un mariage religieux et indissoluble, bien qu'elle n'ait pas reçu la bénédiction de l'Eglise. (D. Stammler, *Ueber die Stellung der Frauen im alten deutschen Recht*, p. 28.)

du paiement du *maritagium* n'entraîna point la nullité du mariage des serfs, des mainmortables ou des vassaux, mais seulement une pénalité à raison de l'infraction commise aux devoirs de la vassalité. Les étrangers ou aubains qui ne pouvaient à l'origine se marier qu'avec l'assentissement du seigneur, furent ensuite admis de plein droit à contracter mariage, et la loi moderne qui leur permet de s'unir en France, pourvu qu'ils en aient la capacité d'après la législation de leur pays, peut être regardée à cet égard comme une émanation directe de la doctrine canonique.

Le mariage fut de plus perpétuel. D'après les traditions germaniques, l'époux pouvait faire valoir un véritable droit de résolution s'il avait été trompé, par exemple sur l'état de pureté de sa fiancée (1). Chez les peuples barbares rien n'était plus fréquent que les unions passagères. Dans le pays de Galles, en Cambrie, en Irlande, on pouvait congédier sa femme après trois nuits passées avec elle en lui donnant quelques présents (2). Après avoir relevé la femme en repoussant l'achat, l'Église releva le mariage lui-même en le déclarant indissoluble. Il le fut même pour les esclaves : ni les époux ni leur maître ne purent le briser (3). L'indissolubilité des liens qui unissent entre eux les enfants d'un même sang consacra ainsi celle de la société elle-même, qui dérive de la famille, et sans laquelle l'espèce humaine ne serait qu'un troupeau d'individus plus divisés par leurs passions que rapprochés par leurs intérêts.

(1) *Lex Walliæ*, lib. II, § 38 ; lois d'Æthelberg. 77 et suiv. (Schmid, p. 9.)

(2) *Coutumier de Venédotie*, II, 1, 31 ; *Coutumier de Gwent*, II, 29, 42, 43. — L'ancienne loi des Brehons autorisait spécialement une union qui durait un an et qui se dissolvait d'ordinaire solennellement à une fête célébrée le 1er mai en l'honneur du retour de l'été.

(3) *Non attendentes illud Evangelicum, quod Deus conjunxit homo non separet; unde visum est nobis ut conjugia servorum non dirimantur, etiam si diversos dominos habeant ; sed in uno conjugio permanentes dominis suis serviant .. et hæc ubi legalis conjunctio fuit, et ex consensu dominorum* (Conc. de Châlons de 317, can. 30). V. aussi Conc. de Verneuil, tenu sous Pépin-le-Bref (Baluze, cap. I, 17).

TITRE II

QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE

Pour pouvoir contracter mariage, il fallait réunir certaines conditions extrinsèques ou intrinsèques, selon qu'elles avaient pour objet l'observation des solennités qui devaient précéder et accompagner la célébration de l'union, ou qu'elles consistaient dans certains empêchements formant obstacle au mariage. Les empêchements étaient de droit naturel, de droit divin et de droit politique. Ils étaient de droit naturel, lorsque la nature elle-même s'opposait à l'union, comme la démence ou l'inaptitude physique absolue à la propagation de la race. Ils étaient de droit divin, lorsqu'ils prenaient leur source dans le dogme, dans les prescriptions de la loi mosaïque, rapportées aux chapitres 18 et 20 du Lévitique, dans la volonté du divin fondateur de notre religion, par exemple l'existence d'un premier mariage. Ils étaient réputés de droit politique, lorsqu'ils provenaient d'une prohibition de la loi ecclésiastique ou de la loi civile. Tel était celui qui ne permettait pas à un parent d'épouser sa parente à un certain degré, à un fils de se marier sans le consentement de son père, etc. Les empêchements de droit naturel et de droit divin étaient tous invincibles, et entraînaient la nullité du mariage contracté à leur mépris. C'est pour ce motif qu'on les appelait *dirimants.* Les empêchements de droit politique n'étaient pas tous absolus : les uns étaient dirimants et sanctionnés par la peine de nullité; les autres, quoique dirimants, pouvaient cependant être levés par une dispense; d'autres enfin, plus légers, s'opposaient à ce qu'on célébrât l'union avant

d'avoir obtenu une dispense, et autorisaient certaines personnes à former opposition au mariage, mais ne rompaient pas l'union contractée sans dispense ; on les appelait dans ce cas *prohibitifs*. En général, comme dans notre droit actuel, les empêchements dirimants étaient en même temps prohibitifs et produisaient tous les effets attachés à cette dernière sorte d'obstacles.

CHAPITRE I

EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS

Les empêchements dirimants étaient, comme on vient de le voir, ceux qui s'opposaient à ce qu'un mariage fût valablement contracté. Ils pouvaient dériver de deux sources : la source ecclésiastique et la source politique; les uns étaient *canoniques* et les autres *civils*.

Les premiers étaient énumérés dans les six vers suivants :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen ;
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas ;
Si sis affinis, si forte coire nequibis ;
Si parochi et duplicis desit prœsentia testis ;
Rapta loco mulier si non sit reddita tuto :
Hœc facienda vetant connubia, facta retractant.

En d'autres termes, ils consistaient dans l'erreur sur la personne, et (originairement) dans sa condition, dans la parenté, le crime commis pour parvenir au mariage, la différence de religion, la violence faite à l'un des futurs, l'engagement dans la vie religieuse ou les ordres sacrés, l'existence d'un premier mariage non dissous, l'affinité, l'infraction à l'honnêteté publique, l'impuissance, le défaut de présence du curé et de deux témoins au mariage, et le rapt.

Les seconds étaient relatifs au consentement des personnes sous la puissance de qui se trouvaient les futurs, à la publicité de l'union, à la compétence des prêtres chargés de la célébrer.

Qu'ils fussent d'origine canonique ou civile, les empêchements dirimants pouvaient se diviser en trois classes: les empêchements absolus, les empêchements relatifs et les empêchements de formalités. On appelait ainsi ceux qui résultaient de l'absence de certaines formes ou conditions, étrangères à la personne des futurs époux, et sans lesquelles le mariage n'était pas valable.

§ I. *Empêchements dirimants absolus*

Les empêchements dirimants absolus s'opposaient à ce que la personne en qui ils se rencontraient pût contracter aucun mariage. Ils étaient au nombre de six : 1° Le défaut d'âge ; 2° l'impuissance ; 3° l'insanité d'esprit ; 4° l'existence d'un précédent mariage ; 5° la profession religieuse; 6° l'engagement dans les ordres sacrés.

1° *Défaut d'âge*

Pour être habile au mariage, il faut être habile à le consommer; c'est pour ce motif que la loi romaine écartait les impubères des justes noces. L'ancien droit suivait à cet égard, quant à la fixation de l'âge de la puberté, les règles du droit de Justinien. Il permettait le mariage aux garçons âgés de quatorze ans accomplis et aux filles parvenues à douze ans. C'est seulement à partir de la loi du 20 septembre 1792 que l'âge de 15 années révolues pour les hommes et de 13 pour les femmes fut exigé parmi nous. On sait que l'art. 144 du code civil a complété cette réforme en élevant ces deux limites à 18 et à 15 ans.

Cette fixation n'était au surplus qu'une simple présomption légale. Si la puberté devançait, en fait, l'âge déter-

miné par la loi, le mariage célébré avant cette époque n'en était pas moins valable (1).

Du reste, si depuis l'âge de puberté survenu, dans les cas où elle ne s'était pas plus tôt manifestée, les conjoints avaient continué de demeurer ensemble et de vivre comme mari et femme, cette cohabitation suffisait pour valider leur mariage,en prouvant qu'ils y avaient de nouveau consenti dans un temps où ils étaient devenus capables de le contracter. Cette doctrine avait été empruntée au *Digeste* par le droit canonique et par tous les auteurs.

2° *Impuissance du mari*

Le droit romain distinguait entre l'impuissant, *spado*, et le castrat, *qui virilitatem amiserat*. Le mariage du premier était valable, tandis que celui du second était nul. Les Gallo-Romains estimaient, au contraire, que l'impuissance existant au moment du mariage, soit par une cause naturelle, soit par une cause accidentelle, entraînait la nullité du contrat. Mais il fallait qu'elle fût perpétuelle et incurable, sinon la personne qui en était atteinte ne cessait pas d'être habile à contracter mariage. Encore ne devait-on pas y assimiler la vieillesse qui d'ordinaire forme un obstacle à la reproduction de l'espèce, mais qui peut comporter des exceptions. En ce cas, le mariage était considéré comme l'union des cœurs et des volontés autant que comme celle des corps.

L'impuissance était un empêchement dirimant, lorsqu'elle existait au moment où le mariage avait été célébré. Si elle était survenue depuis, elle ne le rompait point, encore bien qu'elle fût incurable.

Le droit coutumier,ou plutôt le droit canonique (2) adopta

(1) *Corp. jur. can.*, tit. *de desp. imp.* 9, c. *de illis.*

(2) Décret de Gratien, can. *Requisisti*, c. 33, q. 1re. — Selon St-Thomas, l'action en nullité était ouverte même à l'épouse qui avait connu l'impuissance de son conjoint au moment de la célébration.

sur l'impuissance les usages gallo-romains. Pour la prouver, on recourait à une expertise, au serment ou à l'aveu du mari. D'après les décrétales, la déclaration faite avec serment sur les Evangiles par les deux parties, après une cohabitation de trois ans, qu'elles n'avaient pu avoir commerce ensemble, était suffisante pour établir l'empêchement, lorsque d'ailleurs il existait des indices physiques extérieurs. Au serment succéda l'expertise, puis, au XVI[e] siècle, on imagina d'ordonner le *congrès*, c'est-à-dire l'essai des forces naturelles en présence des tribunaux. Mais cette espèce de preuve, aussi équivoque que contraire à la pudeur, fut prohibée définitivement par un arrêt de règlement du parlement de Paris, le 18 février 1677. On se borna désormais à prescrire une visite, pour s'assurer de la conformation extérieure des organes. Il appartenait à la partie qui soutenait n'avoir été atteinte du vice d'impuissance que postérieurement au mariage de le prouver suivant la règle : *Ei incumbit probatio qui dicit*.

3° *Insanité d'esprit*

L'absence complète de la raison était un empêchement dirimant au mariage, parce qu'elle s'opposait à la manifestation de la volonté et du consentement. Mais la folie ou l'idiotisme devait être permanents. S'il se présentait des intervalles lucides, l'empêchement disparaissait, pour ce laps de temps au moins; le mariage contracté dans un moment de raison, si passager qu'il ait été, était valable. C'était à la partie qui soutenait la validité de l'union à prouver qu'elle avait été célébrée dans un intervalle lucide (1). Il était en outre indispensable que la démence fût totale, que l'imbécillité s'appliquât à tous les actes ordinaires de l'intelligence humaine. Les personnes atteintes d'une simple débilité d'esprit, celles qui ne perdaient

(1) Pothier, *Contr. de mariage*, n° 92 ; Despeisses, t. 1, p. 276.

l'usage de la raison que sur un point, sans cesser de le posséder sur d'autres, les maniaques, n'étaient pas incapables de contracter mariage, pourvu qu'elles aient pu exprimer une volonté sérieuse et réfléchie.

Les sourds-muets n'étaient pas assimilés aux personnes privées de raison. Ils ont en effet le moyen de manifester leur volonté par des signes; quel que fût le mode employé par eux à cet effet, le mariage contracté en vertu de leur consentement était valable (1).

4° *Existence d'un mariage précédent*

Dans les sociétés comme dans toutes les choses humaines, il n'y a pas d'effets sans causes. Si l'on suit avec quelque attention l'histoire de l'homme depuis son origine, au point de vue de la domesticité et de la famille, on le voit s'élever lentement, mais progressivement de la promiscuité des femmes à la polygamie et de celle-ci à la monogamie, à mesure qu'il se dégage de l'état de lutte perpétuelle dans lequel il se trouve avec ses semblables, à mesure que la population s'accroit et que la guerre moins fréquente ou la victoire plus disputée rendent plus difficile la conquête des captives. Chez les peuples barbares, la guerre avait pour effet de diminuer le nombre des hommes; celui des femmes étant alors en excès, chaque guerrier pouvait en avoir plusieurs auxquelles s'ajoutaient celles qu'il enlevait au vaincu. Il ne faut donc pas s'étonner de rencontrer la polygamie au berceau des sociétés humaines, et si elle est proscrite dans la Rome primitive, si les Gaulois ne paraissent point l'avoir pratiquée, contrairement à l'usage des Celtes de l'Irlande, si les Germains ne la permettent que par exception aux seuls chefs de leurs tribus, c'est peut-être le signe le plus visible que ces peuples puissent nous donner de leur marche vers un commencement de civilisation.

(1) *Extra. de Sponsal*, c. *cum apud*, 22.

Dès que la Gaule fut devenue chrétienne, la loi évangélique vint à cet égard fortifier les prohibitions de la loi romaine et des traditions gauloises et germaniques. Il y eut sans doute des exceptions ; quelques princes de la race mérovingienne, comme Chilpéric et Dagobert Ier, eurent plusieurs épouses à la fois ; un capitulaire de Pépin-le-Bref autorisa un individu chassé d'une province à se remarier, si sa femme refusait de le suivre dans sa nouvelle demeure ; mais, sauf ces cas isolés, on peut affirmer que la polygamie n'eut pas chez nous, à partir de ce moment, d'existence légale, et lorsque, plus tard, le concile de Trente anathématisa la doctrine d'après laquelle il serait permis aux chrétiens d'avoir plusieurs femmes, il ne fit que consacrer une règle observée depuis de longs siècles.

Il est inutile d'ajouter que la polyandrie, c'est-à-dire l'union d'une seule femme à plusieurs maris, déjà condamnée chez les Germains, au témoignage de Tacite, était à plus forte raison prohibée par l'Eglise, puisqu'elle est plus directement encore, par la confusion de part qu'elle engendre, contraire au droit naturel.

L'empêchement résultant de l'existence d'un premier mariage valablement contracté et non dissous par la mort de l'une des parties, était donc, dans l'ancien droit comme dans le nouveau, un obstacle absolu à une seconde union. L'erreur et la bonne foi des contractants étaient impuissantes à valider celle-ci, de sorte qu'une femme qui contractait de nouveaux liens conjugaux, sur la foi de documents ou de témoignages attestant que son premier époux était décédé, devait reprendre la vie commune avec lui, quelle que fût l'époque à laquelle il venait à reparaître. et quelle que fût la confiance due aux preuves apparentes de son décès (Arrêt du 4 août 1674). La seconde union était radicalement nulle : le seul effet qu'elle pût produire était de conférer, à raison de la bonne foi des époux, la

possession d'état de descendants légitimes aux enfants qui en étaient issus, et de les faire admettre, à ce titre, à la succession de leurs père et mère (1).

La loi ecclésiastique exigeait que la dissolution du premier mariage fût constatée par des preuves certaines et non par de simples présomptions (2). Elle n'admettait donc pas la disposition de la loi romaine, d'ailleurs abrogée par Justinien, qui autorisait le conjoint d'une personne emmenée en captivité à se remarier cinq ans après les dernières nouvelles reçues (3). Ces preuves étaient : l'extrait du registre de sépulture de la paroisse ou de l'hôpital où l'époux était décédé, ou, à défaut de registre, un acte de notoriété dressé par le juge sur la déposition d'au moins deux témoins ; le certificat d'un chef de corps militaire attestant que le mari, engagé sous les drapeaux, a été trouvé mort sur le champ de bataille ; ou enfin l'écoulement d'une période de cent années depuis la naissance du conjoint.

5° *Profession de foi religieuse*

Les vœux solennels de religion ne constituèrent d'abord, dans le droit canonique, qu'un empêchement prohibitif, entraînant seulement des censures ecclésiastiques contre les parties (4). Ce fut seulement au xe siècle, si l'on invoque le douteux concile de Troisli, et au xiie, si l'on se réfère seulement aux deux premiers conciles de Latran, tenus en 1123 et 1139, que la discipline

(1) Il semble toutefois qu'au temps de Beaumanoir, une femme pouvait se remarier, lorsque l'absence de son mari avait duré sept ans (*Cout. du Beauvoisis*, chap. LVII).

(2) *Quæ quam vir secessit et non apparet*, disait saint Basile dans une épître canonique à Amphiloque, can. 31, *antequam de ejus morte certior facta sit, cum aliquo cohabitavit, mœchatur.*

(3) Extrav., *de Sponsal.*, c. 19.

(4) Conc. de Chalcédoine de 451 ; 4e conc. de Tolède, de 633.

ecclésiastique les considéra comme un empêchei dirimant, règle qui fut désormais définitivement adn ainsi que le constate le concile de Trente dans le can de sa 24ᵉ session. Mais il fallait que le vœu eût été lennel et que la profession religieuse eût été faite dan ordre approuvé par le Saint Siège (1). Les vœux sim ou ceux qui étaient prononcés dans un ordre non reco n'étaient pas un obstacle insurmontable. De plus, vœux devaient avoir été faits publiquement, libremei l'âge de seize ans accomplis et après une année en de probation dans le monastère depuis la prise d'habi

6° *Engagement dans les ordres sacrés*

L'épiscopat, la prêtrise, le diaconat, le sous-diac interdisaient également, dans le dernier état du d aux personnes revêtues de ces ordres de contracter v blement une union conjugale. Mais, comme pou profession religieuse, l'empêchement qui en résultai fut longtemps que prohibitif. Jusqu'au XIIᵉ siècle, le pr qui se mariait encourait la déposition, sans que son u fût annulée. Les deux premiers conciles de Latran in gurèrent la prohibition absolue qui, depuis, a été ado comme une règle inviolable par l'Eglise (3) et pa parlements. L'ecclésiastique devenu incapable ou indi de remplir ses fonctions par suite d'un crime qu'il au commis, n'était point pour cela rendu habile à se ma *Nemo ex delicto suo jus consequi potest.* Mais le mari contracté avant l'ordination n'était pas dissous par e Il entraînait seulement contre l'ecclésiastique l'interdic du sacré ministère (4). V. *infra*, tit. V.

(1) Décrét. Boniface VIII, *de vot. et voti redempt.* c. uniq. §

(2) Ord. de Blois, art. 28.

(3) *Si quis dixerit*, déclare le concile de Trente, *cleric sacris ordinibus constitutos, vel regulares castitatem solemniter fessos posse matrimonium contrahere, contractumque validum non obstante lege ecclesiastica,... anathema sit.*

(4) Décision du pape Jean XXII, *de voto et voti redempt.*,

Le prêtre qui voulait se marier devait se faire relever de ses vœux par le souverain pontife. Toutefois la permission de l'Eglise ne lui rendait pas la vie civile, qu'il avait perdue. Il était obligé de s'adresser au roi pour la recouvrer. Son mariage était alors légitime, mais ne produisait aucun effet civil. Il ne lui conférait pas la puissance maritale et ne l'autorisait pas à succéder.

§ II. *Empêchements dirimants relatifs*

Les empêchements dirimants relatifs ne s'opposaient pas à ce que deux personnes pussent se marier, mais à ce qu'elles se mariassent entre elles. Ils étaient, dans l'ancien droit, au nombre de huit : 1° la parenté naturelle ; 2° l'affinité naturelle ; 3° l'affinité spirituelle ; 4° l'honnêteté publique ; 5° le rapt et la séduction ; 6° l'adultère de l'un des conjoints ; 7° le meurtre de l'un d'eux ; 8° la diversité de religion. On pourrait y joindre l'adoption ou la parenté civile, qui formait, dans le droit romain, un empêchement au mariage. Mais le droit coutumier ayant repoussé l'adoption, il n'y a pas lieu de la comprendre ici.

1° Parenté naturelle

La parenté est le lien qui unit plusieurs personnes descendant l'une de l'autre ou d'une souche commune. Lorsqu'elles descendent l'une de l'autre, elles sont parentes en ligne directe; lorsqu'elles descendent d'une souche commune, elles sont parentes en ligne collatérale.

On nomme degré de parenté ou de consanguinité la distance qui existe entre deux parents, en comptant autant de degrés qu'il y a de générations. Ce mode de calcul, facile à appliquer en ligne directe, l'est beaucoup moins en ligne collatérale, car le calcul peut alors se faire soit en comptant toutes les générations qui se sont succédé depuis l'un des parents en remontant jusqu'à la souche commune,

28

puis toutes celles qui ont existé en descendant depuis la souche commune jusqu'à l'autre parent, soit en s'attachant seulement aux générations qui séparent l'un des parents de cette souche, mais en ayant soin, lorsque les collatéraux ne se trouvent pas sur la même ligne, de compter les degrés depuis le parent le plus éloigné. Le premier de ces modes était employé pour les successions par le droit romain; le second avait été introduit par le droit canonique, qui avait formulé les deux règles suivantes : *In linea collaterali æquali, quoto gradu unaquæque cognatorum persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se. In linea collaterali inæquali, quoto gradu remotior persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.* On sent la différence. D'après le droit romain, en ligne collatérale, le neveu est parent de son oncle au 3e degré ; le cousin-germain l'est au 4e degré de son cousin-germain, car il y a, en passant par la souche commune, trois générations ascendantes et descendantes entre l'oncle et le neveu, et quatre entre les deux cousins. D'après la loi canonique, le neveu est parent de son oncle au second degré, et les deux cousins-germains le sont également au même degré, parce qu'il n'y a que deux générations pour remonter à la souche commune. Un grand-oncle et sa petite nièce sont parents au troisième degré par la même raison, tandis que, dans le système opposé, ils le sont au cinquième, puisqu'il faut non seulement remonter au bisaïeul, mais redescendre de lui pour compter les générations.

Le mode de calcul adopté par le droit canonique ne paraît s'être introduit dans l'Eglise qu'au VIe et peut-être seulement au VIIe siècle, en Angleterre d'abord, et en France au VIIIe, d'après le 1er canon du concile de Compiègne, tenu en 757. Le pape Alexandre II, élu en 1061, décida dans une décrétale adressée au clergé de Naples qu'on ne devait compter les générations formant les degrés

de parenté que de l'un des parents jusqu'à la souche commune (1). En 1065, une constitution du même pontife défendit à tous les évêques d'Italie de calculer ces degrés pour le mariage selon le mode employé par le droit civil pour les successions, sous peine d'excommunication (2). Ce fut désormais le seul moyen de computation admis par l'Eglise pour établir l'empêchement qui résultait de la parenté en cas d'union conjugale.

A quels degrés s'appliquait cet empêchement ? En ligne directe, quel que fût le degré, le mariage fut de tout temps interdit entre parents, et l'union célébrée fut regardée comme entachée d'inceste. En ligne collatérale, au contraire, la discipline varia selon les époques. Les lois mosaïque et romaine prohibaient le mariage entre le frère et la sœur, la tante et le neveu. La seconde le défendait aussi entre l'oncle et la nièce, le grand-oncle et la petite-nièce, la grand' tante et le petit-neveu, malgré le sénatus-consulte que fit voter l'empereur Claude pour permettre aux oncles d'épouser les filles de leur frère, et l'autoriser ainsi à prendre pour femme Agrippine, fille de son frère Germanicus. Ce sénatus-consulte fut en effet abrogé par Constance et Constant, qui défendirent ces unions sous peine capitale. Le mariage était permis à Rome entre cousins-germains jusqu'à Théodose-le-Grand qui l'interdit sous peine du feu et de la confiscation. Arcadius et Honorius maintinrent en 396 cette défense, en se contentant d'abroger la pénalité, quoiqu'ils affirmassent de nouveau la nullité du mariage. Puis, en 404, Arcadius revint sur la prohibition et supprima la loi de son père par une disposition que Justinien inséra dans son code. Mais cette législation n'était applicable qu'en Orient. En Occident, Honorius renouvela en 409 la défense de se marier entre

(1) Labbe, *Concil*, t. IX, lett. 27.
(2) *Décret* de Gratien, *caus.* 35, *quest.* 2, *can.* 2.

cousins-germains, à moins d'obtenir des dispenses impé riales, et les Germains, qui redoutaient beaucoup le mésalliances (1), n'eurent pas de peine à l'admettre, no tamment les Goths (2). On alla même au-delà : en se fon dant sur un passage mal interprété du Lévitique, ch. 18 vers. 5, on défendit d'une manière illimitée les union entre parents ou alliés. Le concile d'Agde, de 506, can. 61 et celui de Tolède, de 531, les déclarèrent incestueuse sans distinction. Cependant, ceux d'Epône, de 517, de Clermont en Auvergne, de 535, d'Orléans, de 538, de Tours, en 567, d'Auxerre, en 578, de Paris, de 615, restreignirent la prohibition au mariage des cousins-germains et issus de germains, c'est-à-dire entre parents au troisième degré. Sur la fin du VII[e] siècle, l'interdiction fut étendue au quatrième degré. Plus tard, Grégoire II et Zacharie, l'un de ses successeurs, revinrent à une proscription illimitée, dont les inconvénients se firent sans doute bientôt sentir, car Grégoire II la réduisit lui-même au quatrième degré, décision qui se retrouve dans les canons de plusieurs conciles particuliers et dans les capitulaires de Charlemagne, avec cette distinction que les trois premiers degrés formaient seuls un empêchement dirimant et le quatrième un empêchement simplement prohibitif (3). A partir du concile de Donzy, de 874, on revint en arrière, et l'on défendit les mariages entre parents jusqu'au septième degré. Mais, trois siècles plus tard, le concile général de Latran, tenu en 1215, voulut mettre un terme aux trop fréquentes demandes de nullité, que provoquaient des liens éloignés de parenté, et se borna à fixer la limite de l'empêchement au quatrième degré (4).

(1) Schœffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, 2e édit. I, p. 260.

(2) *Cassiodori epist.* VII, 47.

(3) Conciles de Verberie, de 752, de Compiègne, de 757.

(4) Pennafort, *Summa*, liv. IV, tit. VI, § 3.

Cette règle ne fut plus désormais changée. Pourvu que l'un des futurs dépassât ce degré, quelque fût celui de l'autre conjoint, le mariage fut déclaré valable, et l'on admit, malgré l'opinion soutenue par Pothier au dernier siècle, qu'il en serait ainsi même pour l'union d'un oncle avec son arrière-petite-nièce. Il s'agit ici, bien entendu, de toute parenté, légitime ou naturelle. On n'avait égard qu'à la proximité du sang, sans rechercher si elle provenait d'une union légitime ou non.

2° *Affinité naturelle*

L'affinité naturelle ou l'alliance est le lien juridique qui existe entre les conjoints et les parents de l'autre. Quoique les alliés ne descendent pas d'une souche commune, on peut distinguer dans l'affinité des lignes et des degrés, en l'assimilant à la parenté naturelle. Ainsi, l'on peut dire : Je suis allié de X. en ligne collatérale et au quatrième degré, parce que je suis parent de son conjoint en ligne collatérale et au quatrième degré.

D'après le droit romain, l'alliance résultait du mariage. *Conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis.* D'après le droit canonique, elle résultait aussi du mariage, mais à la condition qu'il eût été consommé, d'où la conséquence qu'une union dissoute avant sa consommation ne créait aucun lien d'affinité. Elle formait un autre obstacle, celui d'honnêteté publique.

En ligne directe, l'alliance était un empêchement dirimant, à quelque degré que ce fût. En ligne collatérale, elle l'était seulement jusqu'à certaines limites, qui ont varié selon les époques. Sous la législation romaine, le mariage ne fut point défendu entre alliés collatéraux jusqu'à l'empereur Constance, qui prohiba l'union du beau-frère et de la belle-sœur. L'Eglise regardait aussi, dès les premiers temps, cette union comme incestueuse (1). Elle

(1) Concile de Néocésarée, de 314, can. 2 ; d'Orléans, de 511.

défendit également le mariage d'un neveu avec la veuve de son oncle (1). Depuis, elle décida que l'affinité produirait les mêmes empêchements que la parenté dans les mêmes degrés. Aussi, lorsque le concile de Latran eut déclaré que la parenté ne s'opposait au mariage que jusqu'au quatrième degré, l'alliance cessa d'être un obstacle à partir de cette limite.

Avant ce concile, les canonistes distinguaient trois espèces d'affinité en ligne collatérale. La première était celle qui existait entre l'un des conjoints et les parents de l'autre conjoint. La seconde était celle qui s'établissait entre l'un des époux et les alliés de l'autre époux. La troisième enfin se formait entre l'un des conjoints et les alliés par second mariage de l'autre époux. Le troisième concile de Latran fit disparaître ces deux dernières sortes d'alliance, et ne laissa subsister que la première. L'affinité n'engendra plus d'autre affinité. Jusqu'au quatrième degré, il fut simplement interdit d'épouser un parent de son premier conjoint.

L'affinité pouvait naître d'un commerce illicite et, dans les premiers temps, s'opposait au mariage aussi loin que l'alliance produite par une union légitime. Mais, depuis le concile de Trente, elle ne fut un empêchement dirimant que jusqu'au second degré inclusivement; au-delà, le mariage fut permis. Encore fallait-il que les rapports donnant naissance à l'obstacle eussent été notoires et publics et que l'alliance existât avant l'union. Si elle était survenue depuis, elle ne brisat pas le lien contracté.

3° *Affinité spirituelle*

On distinguait, dans le droit canonique, plusieurs sortes d'affinité spirituelle. La première était celle qui se formait

(1) Conciles d'Epône, de 517 ; de Clermont, de 535 ; d'Auxerre, de 578.

par le sacrement de baptême entre la personne baptisée et celle qui lui conférait le sacrement, ainsi que les parrain et marraine, que ceux-ci eussent assisté à la cérémonie en personne ou par procureurs. La seconde était celle qui s'établissait entre la personne qui avait conféré le baptême, le parrain ou la marraine d'une part, et le père et la mère de la personne baptisée, d'autre part. Enfin, la troisième était l'alliance que contractait la personne baptisée avec les enfants de son parrain et de sa marraine. Mais le concile de Trente, désireux de réduire le nombre des prohibitions matrimoniales, loin de multiplier, comme on l'en a accusé, les occasions de vendre des dispenses, abolit ce dernier empêchement et se borna à conserver les deux premiers (1).

L'alliance spirituelle du second degré, qui s'établissait entre un parrain et une marraine et le père et la mère de leur filleul, ne s'opposait à l'union que lorsqu'elle l'avait précédée; si elle était survenue depuis, le mariage était valide.

4° *Honnêteté publique*

On appelait empêchement d'honnêteté publique celui qui résultait de l'existence de fiançailles et d'un mariage célébré, mais non consommé.

A. *Fiançailles*. — Les fiançailles, simple promesse d'union, ne pouvaient produire d'affinité entre l'un des fiancés et les parents de l'autre. Cependant la décence publique semblait s'opposer à ce qu'après la rupture de

(1) Plusieurs autres empêchements résultant de l'affinité spirituelle et admis par l'Eglise primitive furent supprimés par le concile de Trente : ainsi l'affinité des *parrains de catéchisme*, qui présentaient les catéchumènes aux instructions précédant le baptême, et celle qui naissait de l'assistance, comme parrain et marraine, aux cérémonies supplétives de ce baptême. Il ne réputa alliée que la personne qui avait assisté à l'administration du sacrement lui-même.

cette promesse, l'une des parties pût épouser le parent ligne directe de son fiancé. Pendant dix à douze siècl l'Eglise se borna sur ce point à appliquer la loi romai le fils ne pouvait épouser la *promise* de son père, el père ne pouvait se marier avec la fiancée de son fils. P tard, les fiançailles devinrent un obstacle en ligne col térale, à tous les degrés atteints par l'empêchement rés tant de l'affinité. Mais le concile de Trente, réform encore à cet égard la législation canonique, déclara qu ligne collatérale l'empêchement ne dépasserait pas le p mier degré, et qu'il n'aurait lieu qu'en cas de fiançail valablement contractées. Ainsi l'on ne pouvait sans d penses épouser la fiancée de son frère, bien que l'engag ment qui la liait à celui-ci eût été rompu soit par la mo soit par le consentement mutuel des parties. Les fiançaill conditionnelles ne produisaient aucun obstacle, si la co dition ne venait pas à s'accomplir. — Nous examineroı plus loin les règles qui s'appliquaient aux fiançaille quand nous étudierons les empêchements prohibitifs.

B. *Mariage non consommé*. — Puisque les fiançaill dissoutes étaient un empêchement au mariage, à plus for raison devait-on considérer comme tel le mariage lı même, lorsqu'il avait été célébré, quoique non consomm Il ne créait pas sans doute l'affinité, d'après le dr canonique, mais il s'opposait, par décence, à ce que l'ı des époux épousât un parent de l'autre. Le silence mên du concile de Trente a laissé subsister cet empêchemer admis par les lois ecclésiastiques antérieures et qui s'éte dait aussi loin que l'empêchement résultant de l'allianc

C. *Autre cas*. — D'après l'ancien droit canoniqu l'honnêteté publique s'opposait à ce qu'un veuf épousât belle-mère de sa femme prédécédée. Cet empêchement f supprimé en 1215 par le concile de Latran, dont la déc sion fut admise par toute la chrétienté, sauf en Norma die, où le parlement jugea le contraire le 17 décemb

1617, en déclarant que la *quasi-affinité*, — c'était le nom donné à cet obstacle — ne pouvait pas être relevée par une dispense.

5° *Rapt et séduction*

Sous l'empire de la législation romaine, comme sous les capitulaires, le rapt formait un empêchement au mariage du ravisseur avec la personne ravie (1). Le pape Innocent III rapporta cette interdiction. Il permit à la jeune fille victime d'un rapt d'épouser l'auteur de son enlèvement, si elle devenait libre au moment de la célébration du mariage et si elle y donnait un plein consentement (2). Pour être assuré de ce consentement, le concile de Trente exigea que la veuve ou la jeune fille ait été préalablement mise hors du pouvoir et de l'influence de son ravisseur, et l'ordonnance de 1639, art. 5, adopta cette décision.

La simple séduction, accomplie sans violence corporelle ni enlèvement, par des artifices ou des manœuvres coupables, qui se bornaient à surprendre la volonté, était, comme le rapt, un empêchement dirimant au mariage des mineurs, non autorisés par leurs père, mère ou tuteur, dans le cas même où ce mariage était célébré hors du royaume. Mais elle ne s'opposait pas à ce que les personnes majeures épousassent leur séducteur, à moins que le commerce illicite n'eût commencé dès le temps de leur minorité.

6° *Adultère de l'un des époux*

Conformément à la loi romaine, le droit canonique décidait que l'adultère s'opposait au mariage de l'époux coupable et de son complice. Le concile de Meaux, de 845, ne le regardait pourtant que comme un empêchement

(1) Cod., *de rapt. virgin.* l. unic. ; *Capit.* de Charlemagne, liv. VI, ch. 60 ; liv. VII, ch. 395 ; *Concile* de Pavie, de 850, c. 10.

(2) Extrav., *de raptoribus*, ch. 7. — Le rapt était, au XIII[e] siècle, puni de la peine de mort, mais seulement quand la femme avait *crié*.

prohibitif qui n'annulait pas l'union contractée, mai
mettait l'époux à une pénitence publique. Plus ta
devint un empêchement dirimant, à la double con
que les deux coupables se fussent réciproquement p
de s'épouser, et que cette promesse, conditionnel
absolue, feinte ou sincère, eût été la cause détermi
de l'adultère. Le mariage contracté par une personn
vivant de son premier conjoint, avec une autre per
qui connaissait cette existence, étant un adultère p
donnait à plus forte raison naissance à un empêche
dirimant, pourvu qu'il eût été consommé. Si, tout
l'un des conjoints de la seconde union avait ignoré l
tence de la première, le second mariage pouvait
réhabilité après la dissolution du précédent (1).

7° *Meurtre de l'un des époux*

Le meurtre de l'un des conjoints formait un emp
ment dirimant au mariage du meurtrier avec le co
survivant dans deux cas : 1° lorsque le crime avai
commis avec la participation de l'époux dans le b
contracter mariage ; 2° lorsque le meurtrier était le
plice de l'adultère du conjoint. Pour que l'empêche
existât, on exigeait que le meurtre eût été consommé
avait été tenté seulement, le mariage pouvait avoir
Cette disposition avait pour but de prévenir les atte
suggérés par une passion criminelle, puisque le me
accompli formait un obstacle invincible à ce que so
teur épousât l'époux survivant.

8° *Différence de religion*

La différence du culte suivi par les deux futurs é
n'était pas à l'origine et ne fut pas pendant de
siècles un empêchement dirimant. L'Eglise latine

(1) Extrav, ch. 1 et 7, *de eo qui duxit in matrim.*

seillait sans doute aux chrétiens de ne pas épouser des infidèles, et condamnait comme une faute grave l'union contractée par eux avec un païen, un hérétique ou un juif. Quelques conciles particuliers, tels que celui d'Elvire, de 305, d'Arles, de 314, de Laodicée, d'Agde, de 506, avaient même formulé des défenses à ce sujet et prescrit des pénitences aux fidèles qui les violeraient. Mais ces prohibitions, spéciales à certaines contrées ou à certains cas, ne s'appliquaient qu'à l'union des chrétiens avec des prêtres idolâtres, à celle des clercs, qui pouvaient alors se marier, ou de leurs enfants ; ou elles comportaient des exceptions, par exemple, si l'hérétique ou l'infidèle promettait de se convertir (1). De plus, l'empêchement n'était point dirimant, mais seulement prohibitif. Justinien II essaya, en 692, d'obtenir sur ce point une loi plus sévère afin de réprimer individuellement les hérésies. Le concile qu'il assembla dans ce but à Constantinople décida en effet que le mariage contracté entre orthodoxes et hérétiques serait radicalement nul. Mais le souverain pontife Sergius refusa d'accepter ceux des canons de cette assemblée qui étaient contraires à la discipline de l'Eglise romaine, et repoussa par conséquent la nullité prononcée contre les unions mixtes, que l'on se borna à déclarer répréhensibles, sans les invalider. Il en fut ainsi jusqu'à l'édit de novembre 1680, dirigé contre les protestants. Louis XIV déclara alors que les mariages contractés entre ses sujets catholiques et ses sujets réformés seraient à l'avenir nuls et sans effets civils ; que les enfants qui en naîtraient seraient illégitimes, et qu'aucun prétexte ne pourrait couvrir l'invalidité absolue de semblables unions. Cette ordonnance n'eut au surplus qu'une application de courte durée. Quelques années après, la révocation de l'édit de Nantes

(1) *Conciles* d'Agde, can. 67 ; de Chalcédoine, can. 14 ; de Laodicée, can. 31.

obligea tous les Français à faire célébrer leurs mariages devant les ministres de la religion catholique ; tous furent par conséquent réputés orthodoxes, et il n'y eut plus lieu d'annuler leurs unions, sous le prétexte que l'une des parties appartenait au culte réformé, puisque la présomption résultant de la célébration du mariage devant l'Eglise devait l'emporter sur la simple suspicion d'hérésie.

§ 3. *Empêchements dirimants de formalités*

Les empêchements qui précèdent n'étaient pas les seuls qui rendaient nul un mariage. Il était aussi certaines formes dont le défaut ou l'inobservation l'invalidait. Ces formalités essentielles étaient au nombre de quatre : 1° le consentement des parties contractantes ; 2° celui des personnes sous la puissance de qui elles se trouvaient au moment du mariage relativement à celui-ci ; 3° la célébration en face d'Eglise ; 4° la compétence du ministre du culte célébrant. Si l'une de ces formalités venait à manquer, il en résultait un empêchement dirimant, qui donnait ouverture à une action en nullité.

1° *Consentement des parties contractantes*

Le mariage, étant un contrat, ne peut exister sans le consentement des parties. L'absence totale de ce consentement le rend radicalement nul. Mais lors même que la volonté se manifeste, si elle est altérée par un vice, elle doit être réputée ne pas exister, et par conséquent la cause qui la vicie est un empêchement dirimant. L'ancien droit reconnaissait trois causes d'altération du consentement des futurs époux : l'erreur, la violence ou la contrainte et la séduction. Nous avons déjà traité de la troisième, en examinant les empêchements dirimants relatifs. Il ne nous reste qu'à étudier les deux premières.

A. *Erreur.*— On peut distinguer, relativement au ma-

riage, deux sortes d'erreur: l'erreur sur la personne physique, ou substantielle, et l'erreur sur la qualité de la personne, ou accidentelle. La première seule était regardée dans l'ancien droit comme une cause d'altération du consentement. Il est évident que celui qui épouse une femme en croyant en épouser une autre n'a pas consenti à l'union et n'est pas lié par elle. C'est le consentement échangé qui seul, en effet, constitue le mariage. Or, s'il existe pour l'une des parties, il n'existe pas pour l'autre, puisque celle-ci croyait le donner à une autre union. Mais si, après avoir reconnu son erreur, demeurée secrète, la partie qui s'est trompée donne sa libre adhésion au mariage, depuis qu'il a été célébré, son consentement postérieur suffit à valider l'union, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle célébration. L'erreur accidentelle, qui ne portait pas sur la personne physique, mais sur son état ou sa qualité, sur sa noblesse ou sa moralité par exemple, ne viciait pas au contraire le consentement et n'était pas regardée comme un empêchement dirimant, sauf dans un cas, la servitude. La condition d'esclave ou de serf était considérée comme si différente de celle de l'homme libre, que l'erreur portant sur cette condition entraînait la nullité du mariage (1). Cette exception ne survécut pas, au surplus, à la disparition de la servitude de corps. Elle ne s'appliqua point aux mainmortables, libres de leurs personnes et qui n'étaient serfs qu'à l'égard de leurs biens ou par rapport à certaines obligations, dont ils étaient chargés vis-à-vis de leurs seigneurs. Les coutumes leur reconnaissaient en effet des droits civils, à la différence de la loi romaine qui n'en accordait aucun aux esclaves,

(2) Si un homme franc, dit le concile de Compiègne, tenu en 757, épouse une serve, en la croyant ingénue, il peut la renvoyer et en épouser une autre ; de même, si une ingénue épouse un serf, en le croyant libre, elle peut se remarier (Can. 5). *Sic: Extra, de conjug. servor.*, ch. 2, 5 et *ultim.*

et c'est pourquoi l'erreur portant sur la condition de ceux-ci était, dans le droit primitif, regardée comme portant sur la personne. A part cette exception, l'erreur commise sur l'état civil du conjoint ne dissolvait pas le mariage, pas même lorsque celui-ci était contracté avec une personne morte civilement, comme un banni ou un galérien à perpétuité.

B. *Violence.*— La contrainte ne détruit pas le consentement, puisqu'elle a précisément pour but de le provoquer. *Coacta voluntas, voluntas est* ; *volui, quia coactus volui,* disaient les jurisconsultes romains; mais elle le diminue ou, pour être plus exact, elle le rend imparfait. Or, le consentement qu'exige le mariage, comme tout autre contrat, est un consentement libre, spontané, en un mot parfait. La contrainte devait en conséquence être regardée par l'ancienne jurisprudence comme un empêchement dirimant, alors même qu'elle n'avait pas été exercée par l'un des conjoints sur l'autre. Toutefois, selon les principes du droit commun, pour être une cause de nullité, elle devait réunir certaines conditions. Elle devait être *atroce,* c'est-à-dire considérable, de nature à inspirer la crainte d'un grand mal, capable de faire impression sur un esprit ferme et maître de lui, et être accompagnée de sévices; des menaces vagues, légères, incertaines, la crainte de déplaire à quelqu'un, de froisser des affections, d'irriter une personne que l'on respecte, n'eussent pas suffi. Elle devait en outre être injuste, *adversus bonos mores*, c'est-à-dire exercée par une force ou un pouvoir illégitime, contraire au droit. La menace de poursuites judiciaires, si elles étaient légalement encourues, une injonction de l'autorité régulière, un emprisonnement justifié n'équivalaient pas à la violence. Elle devait enfin inspirer la crainte actuelle d'un mal immédiat ou très prochain, *metum præsentem, non suspicionem*. En effet, lorsque le danger est éloigné, il peut être prévenu ou écarté, et ne constitue plus dès lors une me-

nacé suffisante. La réunion de ces trois conditions caractérisait la contrainte morale qui viciait le consentement relativement au mariage, et permettait à la partie contre laquelle elle avait été employée de poursuivre la nullité de son union, quelle qu'ait été d'ailleurs la durée de celle-ci et encore bien qu'elle ait donné naissance à plusieurs enfants.

L'ordonnance de Blois, art. 281, punissait de la peine du rapt les seigneurs qui contraignaient les pères ou les tuteurs à donner leurs filles ou leurs pupilles en mariage à leurs gens. Dans ce cas, la contrainte devait réunir les caractères que nous venons d'indiquer.

Le dol n'était jamais assimilable à l'erreur ou à la violence. « En mariage, trompe qui peut », disait Loysel. Cela devait s'entendre du dol employé à l'égard des biens, de l'âge, de la qualité ou de la condition de la personne, mais non de celui dont on pouvait faire usage pour tromper sur l'identité de cette personne, car, s'il y avait eu erreur sur ce point, le mariage était nul. La lésion n'était pas non plus une cause de nullité.

2° *Consentement des personnes sous la puissance de qui se trouvaient les futurs époux relativement au mariage*

Les parties contractantes pouvaient dépendre, quant à l'union conjugale, de plusieurs personnes, selon leur état civil, leur âge et leur condition. Les mineurs étaient placés sous l'autorité de leurs père, mère, tuteurs ou curateurs; les majeurs étaient au moins tenus de solliciter le consentement de leurs parents ; les serfs devaient, pour se marier, obtenir la permission de leurs seigneurs, et les princes du sang celle du roi.

A. *Mineurs.* — Selon les lois romaines, les enfants de famille ne pouvaient se marier sans le consentement préalable de la personne sous la puissance de qui ils se trou-

vaient au moment du mariage. La fille était tenue d'épouser l'homme que lui présentait son père, à moins qu'il ne fût de mœurs dissolues. Le soldat n'était pas dispensé de prendre l'assentiment paternel. L'enfant pouvait avoir recours au juge si le père de famille refusait son consentement sans juste motif, s'il était en état de démence, de captivité ou d'absence depuis plus de trois ans. Quant aux personnes *sui juris*, émancipées, elles étaient autorisées à se marier sans autre consentement que celui des futurs époux, à l'exception toutefois de la fille, âgée de moins de vingt ans, qui devait, d'après les constitutions impériales, quoique émancipée, obtenir l'autorisatien de son père ou, à défaut du père, celle de sa mère et de ses proches parents. Lorsque le consentement du père de famille n'intervenait qu'après le contrat, il le validait, mais pour l'avenir seulement, sans avoir d'effet rétroactif.

D'après les lois germaniques, il fallait distinguer entre les enfants du sexe masculin et ceux du sexe féminin. Les premiers qui entraient dans la vie civile par l'investiture du bouclier et de la framée donnée vers 15 ans dans l'assemblée de la tribu, pouvaient se marier à partir de cette époque, sans le consentement de leurs parents (1). Quant à la fille soumise au *mundium* perpétuel, elle ne pouvait jamais se marier sans l'assentiment de son père ou, à défaut, de ses parents paternels.

Le droit des capitulaires conserva, en général, la distinction faite par les lois germaniques (2). Quant au droit féodal, il admit que les enfants demeuraient sous l'autorité paternelle jusqu'à leur émancipation, et devaient par conséquent jusque là obtenir le consentement de leur père

(1) Cependant César nous apprend que la minorité se prolongeait chez les anciens Germains jusqu'à la vingtième année pour le mariage. Peut-être cela indique-t-il que le consentement du père de famille était nécessaire jusqu'à cet âge. Cfr. Schæffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, 2e édit., I, p. 254.

(2) Walter, *Corpus*, t. I, p. 389 ; Pertz, *Leges*, t. II, pars II, p. 131.

ou, à défaut du père, celui de leur tuteur et du conseil de famille (1). La fille noble devait en outre, pour se marier, même lorsqu'elle était majeure, obtenir le consentement du seigneur de son fief, car, en se mariant, elle donnait à ce seigneur un vassal qui devait être capable de porter les armes. Plus tard, lorsque les services féodaux consistèrent uniquement dans la prestation de foi et hommage et certaines charges pécuniaires, l'autorisation du seigneur ne fut plus exigée pour la validité du mariage de la fille détentrice d'un fief; celle du père demeura seule nécessaire.

D'après le droit canonique, les mariages contractés par des enfants placés sous la puissance paternelle sans le consentement du père ou de la personne qui avait recueilli ses droits étaient également considérés comme invalides, jusqu'à ce que ce consentement intervînt. On les regardait comme des *fornicationes*, des *stupra*. Cependant, le concile de Trente frappa d'anathème ceux qui diraient que le mariage des enfants de famille, contracté sans le consentement de leurs parents, est nul. La discipline ecclésiastique changea-t-elle donc brusquement à cet égard au XVIe siècle? Nullement. Cela signifiait seulement que, dans le silence d'une loi civile positive, les mariages clandestinement contractés par des mineurs sans le consentement de leurs parents n'étaient pas nuls de plein droit, et qu'il n'appartenait pas aux parents de valider ou d'annuler après coup ces unions en leur accordant ou en leur refusant leur assentiment. Non seulement l'Eglise reconnaissait pleinement au pouvoir séculier le droit d'édicter à cet égard telle mesure qu'il jugerait convenable et de prononcer la nullité des mariages ainsi célébrés, mais elle se réservait explicitement ce droit à elle-même,

(1) *Cout.* du Beauvoisis. ch. XV, § 31; *Etablissements de Saint-Louis*, I, 119. — La fille est toujours, à cette époque, *donnée* en mariage par son père, *quia caput mulieris vir*.

quamdiu ea Ecclesia irrita non fecit. Soit avant, soit depuis le concile de Trente, l'Eglise ne valida jamais un mariage contracté sans le consentement des ascendants ou des tuteurs, toutes les fois que ce consentement était requis par la loi civile.

A cet égard, au XVI[e] siècle, les dispositions prohibitives des anciens capitulaires étaient presque partout tombées en désuétude. Certaines coutumes autorisaient les enfants à se marier après vingt ans sans le consentement paternel. En quelques pays, les mineurs étaient admis à citer leur père devant les tribunaux pour le contraindre à donner son autorisation à leur mariage. Ainsi, en 1540 et 1623, Charles-Quint et Philippe IV avaient permis aux Flamands en état de minorité d'appeler en justice leur père, leur mère ou leur tuteur, pour déduire leurs moyens d'opposition au mariage, afin que le juge pût lever l'opposition, s'il y avait lieu. En France, aucune loi précise n'avait accordé cette étrange faveur aux enfants, mais aucune loi ne les obligeait, sous peine de nullité, à se munir de l'autorisation de leurs ascendants, ce qui produisait le même résultat. L'édit rendu par Henri II, en février 1556, eut pour objet de réprimer les unions clandestines et de contraindre les mineurs à solliciter, pour leurs mariages, l'assentiment de leurs père et mère, sous peine d'exhérédation et, par suite, de révocation des avantages faits dans les conventions matrimoniales, sans préjudice d'autres pénalités arbitraires. Il fixa à 30 ans pour les fils et à 25 ans pour les filles l'âge où le consentement paternel cesserait d'être indispensable, mais il obligea néanmoins les majeurs à solliciter l'avis et le conseil de leurs parents à partir de ces deux époques. Cet édit fut confirmé par l'ordonnance de Blois, de 1579, art. 41, qui interdisait en outre aux curés, par son art. 40, sous peine d'être punis comme complices de rapt, de célébrer aucun mariage de mineur placé sous la puissance d'autrui, sans s'être fait représenter le con-

sentement des père, mère, tuteur ou curateur, disposition qui fut reproduite dans l'édit de Melun, également promulgué par Henri III. La déclaration du 26 novembre 1639, art. 2, aggrava les pénalités prononcées en déclarant les filles et fils qui auraient contrevenu aux précédentes ordonnances, déchus *ipso jure* du droit de succéder à leurs parents et de recueillir aucun de leurs biens, soit par donation, soit par testament, et en attribuant au fisc le montant des valeurs léguées ou données. Ces dispositions dérogèrent expressément aux coutumes qui permettaient aux enfants de se marier, après vingt ans, sans le consentement paternel. Désormais, qu'ils fussent ou non réputés majeurs à cet âge, pour les autres actes de la vie civile, ils furent considérés comme mineurs quant au mariage jusqu'à 30 et 25 ans (1).

Bien que les ordonnances de 1556 et de 1639 n'édictassent point formellement la nullité des mariages contractés au mépris de leurs injonctions, comme ces unions étaient réputées entachées de séduction, vice qui était un empêchement dirimant, et comme l'édit de Blois déclarait nulles celles qui n'avaient pas été précédées de la publication de bans destinés à avertir les parents dont le consentement était nécessaire, la jurisprudence n'hésitait pas à annuler tous les mariages célébrés sans ce consentement. En principe, le mineur devait toujours en justifier. Deux seules exceptions furent prévues. Quand le père et la mère étaient absents depuis un temps assez long pour qu'il fût impossible de savoir ce qu'ils étaient devenus, l'enfant pouvait passer outre, en obtenant le consentement de son tuteur et l'avis de ses plus proches parents et alliés. Il en était de même depuis la déclaration du 6 août 1686, pour les enfants des religionnaires réfugiés en pays étranger, et qui étaient admis à remplacer l'autorisation de

(1) Basnage, *sur la cout. de Normandie*; d'Argentré, *sur la cout. de Bretagne*, § 87, not. 2, n° 7; arrêt du 18 mars 1651.

leur père ou de leur mère par celle de leur tuteur et l'avis de six parents, amis ou voisins assemblés devant le juge des lieux. D'après la déclaration du 24 mai 1724, si un seul de leurs ascendants immédiats était fugitif, l'avis de trois parents suffisait avec le consentement de l'ascendant demeuré en France. Mais la mort civile, qui faisait perdre les droits de famille et de puissance paternelle, s'opposait à ce que le mineur de 25 ans recourût à l'approbation de celui de ses ascendants qui en était atteint. L'assentiment de son tuteur et de sa famille la remplaçait.

Les bâtards, quoique mineurs, n'avaient pas non plus besoin du consentement de leurs père et mère, qui ne jouissaient pas du droit de puissance paternelle (1).

L'orphelin de père et de mère devait obtenir, s'il avait moins de 30 ou de 25 ans, l'adhésion de son tuteur ou curateur ; s'il avait deux tuteurs, l'un honoraire et l'autre onéraire, chargé de l'administration des biens, c'était le consentement du premier qui était exigé. Quand il en avait deux, l'un en France et l'autre aux colonies, il devait rapporter le consentement de celui qui habitait le lieu de la résidence du père au moment du décès de celui-ci (2).

A la différence du consentement donné par les père et mère, qui suffisait par lui seul, celui des tuteurs ou curateurs devait être accompagné de l'avis de la famille. Il existait une seconde différence. Le mariage était nul quand l'ascendant n'avait pas consenti ; il n'était annulable, à défaut de l'assentiment du tuteur, que dans le cas de séduction ou lorsque l'inégalité des conditions ou des biens établissait que l'union était désavantageuse au mineur. Le juge pouvait donc, en certaines circonstances, autoriser l'enfant à se marier, malgré le refus du tuteur, s'il reconnaissait que ce refus n'était pas fondé.

(1) Arrêt du 1er fév. 1662.

(2) Déclarat. du 15 déc. 1721, art. 5, et du 1er fév. 1743, art. 12.

B. *Majeurs.* — Les enfants majeurs étaient tenus, comme les mineurs, de solliciter le consentement de leurs père et mère ; mais ils n'étaient pas obligés de le rapporter. Ils pouvaient passer outre au mariage après avoir requis leurs parents de le leur accorder. A cet effet, d'après un arrêt de règlement du 27 août 1692, ils présentaient requête au juge pour avoir permission de faire des sommations respectueuses, puis, sur la permission du juge, se rendaient avec deux notaires ou un notaire et deux témoins, au domicile paternel et requéraient le consentement. En général, deux sommations successives étaient exigées; pourtant, en Bourgogne, une seule suffisait (1). L'omission des sommations respectueuses exposait le majeur à l'exhérédation (2), mais elle n'annulait pas son mariage, comme le défaut de consentement pour le mineur. Lorsqu'elles avaient été faites, l'union célébrée malgré le refus de consentement ne donnait lieu à aucune pénalité contre lui. La veuve majeure de 25 ans était assujettie, comme les autres enfants, à l'obligation de requérir l'approbation paternelle, par l'édit de mars 1697.

C. *Princes du sang.* — Les princes du sang ne pouvaient se marier sans le consentement du roi, chef de leur famille.

D. *Français à l'étranger.* — Le consentement du roi était également nécessaire, depuis la déclaration du 16 juin 1685, non-seulement pour le mariage des princes du sang, mais encore pour celui de tous les Français qui allaient se marier à l'étranger (3).

E. *Serfs.* — Les esclaves ne pouvaient non plus se ma-

(1) Bannelier sur Davot, 2e édit, t. III, p. 137; Despeisses, t. I, p. 306, édit. de 1750.

(2) Edit de mars 1697, art. 6. Cette peine n'était pas encourue *ipso facto*, malgré les termes des édits de 1556 et de 1639 (Bannelier, *op. cit.*).

(3) Cette exigence, qui dérivait du droit féodal, existait même antérieurement à cette déclaration, d'après les usages, si l'on s'en rapporte à deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 16 juillet 1612, et l'autre du 5 janvier 1700.

rier sans la permission de leur maître, et cette règle fut constamment appliquée, tant qu'il exista des serfs de corps en France. Dans les colonies où l'esclavage fut maintenu jusqu'à une époque presque contemporaine, l'esclave n'avait pas besoin de justifier du consentement de ses père et mère, lorsqu'il rapportait celui de son maître ; mais ce dernier était indispensable (1). Dans les pays dont les coutumes reconnaissaient la mainmorte et la servitude de formariage, les serfs ne pouvaient se marier sans la licence de leur seigneur, soit avec une personne franche, soit avec le serf d'un autre seigneur. Mais le défaut de cette pièce n'annulait pas l'union contractée : il autorisait seulement, en certains pays, le seigneur à prendre les héritages du serf qui étaient dans le lieu de la mainmorte, ou, plus généralement, à lui faire payer une taxe appelée *formariage*, qui variait selon les leux (2). En Bourgogne, cela ne s'appliquait qu'à la femme serve et non à l'homme serf (3). Dans certaines localités, par suite de conventions passées entre les mainmortables et leurs seigneurs, qui vendirent cette faveur, les femmes veuves pouvaient se remarier sans la permission de ces derniers (4).

Quant aux empêchements dirimants de formalités qui étaient relatifs à la publicité du mariage et à la compétence du prêtre célébrant, nous les examinerons plus loin.

(1) Edit de mars 1685, art. 10.

(2) Du Cange, *Glossaire*, *vis foris-maritagium* et *redimere*; Chopin, *Monastic.*, lib 2, tit. 3, n° 22; *Cout* de Meaux, art. 78 ; de Troyes, art. 3 et 6; de Vitry, art. 144 ; de Chaumont, art. 3; *grand Coutumier de France*, liv. II, ch. 16.

(3) V. Bouhier, t. II, p. 790 et suiv.

(4) V. traité passé en 1251 entre l'abbé de Bèze et les habitants de ce lieu (Garnier, *Chartes d'affranchissement*, t. I, p. 531) ; charte de Flavigny, de 1236 (Id. t. II, p. 170). Au XVIe siècle, la servitude de formariage devient de plus en plus rare.

CHAPITRE II

EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS

Les empêchements prohibitifs du mariage étaient ceux qui s'opposaient à ce que la personne en qui ils se rencontraient contractât *licitement* l'union conjugale ; ils gênaient sa liberté, mais ne nuisaient pas à la validité de cette union, lorsqu'elle avait été célébrée même sans dispenses.

Le moyen-âge admettait un grand nombre d'empêchements prohibitifs, les uns canoniques et les autres civils.

Les premiers étaient énumérés dans les trois vers suivants :

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriarum,
Atque catechismus, sponsalia, jungite votum,
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

En d'autres termes, ils consistaient dans la défense de l'Eglise, le temps de férie, le catéchisme, les fiançailles et le vœu simple de chasteté. Parcourons-les rapidement.

Il y avait empêchement prohibitif lorsque l'évêque ou le juge ecclésiastique *défendait* de célébrer un mariage tant que les parties n'avaient pas rempli certaines obligations jugées nécessaires pour le rendre licite. Les futurs étaient obligés en conscience de se conformer à cette défense, jusqu'à ce qu'elle fût rapportée. Les prohibitions de ce genre étaient fort rares, et tombèrent peu à peu en désuétude.

Certaines féries ou époques de l'année plus particulièrement consacrées à la prière et à la pénitence, interdisaient de célébrer des mariages. Ces époques étaient l'Avent et le Carême. Autrefois même il était défendu de se marier pendant les trois semaines qui précédaient la fête

de St-Jean Baptiste. Cela variait d'ailleurs selon les diocèses. Le concile de Trente établit à cet égard une discipline uniforme et prohiba la célébration pendant l'Avent jusqu'à l'Epiphanie et du mercredi des cendres jusqu'après l'octave de Paques. Les conciles de Reims, de Tours et de Bordeaux tenus en 1583 adoptèrent cette règle reproduite par celui de Rouen en 1681.

Par le *catéchisme*, l'Eglise entendait prescrire de ne célébrer l'union conjugale de deux futurs que lorsqu'ils avaient été suffisamment instruits des préceples de la religion et notamment des devoirs imposés à ceux qui s'engagent dans le mariage.

Les *fiançailles* étaient également un empêchement au lien conjugal, lorsque ce lien devait être contracté avec une autre personne que celle à laquelle on avait été fiancé. Il était nécessaire de se faire relever par le juge d'Eglise de l'engagement pris avec cette personne. V. *infra*.

Enfin *le vœu simple de chasteté* ou le vœu d'entrer en religion s'opposait à ce que l'on contractât mariage avant d'en avoir été relevé ou dispensé par l'évêque ou par le pape. En ce cas, l'empêchement était seulement prohibitif, et le mariage célébré sans dispense n'en était pas moins valide. Mais si le vœu de chasteté ou d'entrée en religion avait été solennel, il constituait un empêchement dirimant qui rendait l'union nulle.

On ajoutait à ces divers empêchements canoniques quelques autres qui n'étaient pas compris dans les trois vers cités plus haut. Ainsi, tant que l'usage de la pénitence publique subsista dans l'Eglise, la personne qui y était soumise ne pouvait se marier pendant le temps de la pénitence. Le meurtrier de sa femme, la femme qui avait donné la mort à son époux ou celui qui avait tué un prêtre ne pouvaient non plus contracter mariage avant d'être absous. De tous ces empêchements prohibitifs qui constituaient en faute les personnes qui passaient outre, l'ancienne juris-

prudence ne conserva guère que le vœu simple de chasteté et les fiançailles. Les autres furent du moins, dans l'usage, levés par de simples dispenses qui ne se refusaient jamais.

Quant aux empêchements prohibitifs civils, ils comprenaient tous ceux qui avaient d'autres causes que celles dont nous venons de parler, et qui donnaient lieu à des oppositions. Le mariage célébré malgré ces oppositions, lorsqu'il n'existait pas d'ailleurs d'empêchements dirimants, n'était pas nul ; mais le prêtre qui passait outre, avant que l'opposition fût levée, était passible d'une réprimande.

Nous avons dit un mot du vœu de chasteté. Il ne nous reste plus qu'à donner quelques détails sur les fiançailles, et à parler de l'année de deuil qui n'était pas considérée par le droit canonique comme un empêchement prohibitif.

On appelait fiançailles, *sponsalia*, dans le droit romain, les promesses de mariage que s'étaient réciproquement faites les deux futurs. Ces promesses établissaient entre les deux parties un lien purement moral, qu'elles pouvaient rompre ensuite à leur gré. Cependant, elles produisaient certains effets civils, tant qu'elles n'avaient pas été rapportées. Ainsi les fiancés ne pouvaient, sous peine d'infamie, épouser une autre personne ou simplement se fiancer avec elle. L'infidélité de la fiancée était assimilée à l'adultère. Le fiancé était autorisé à poursuivre en justice l'injure faite à celle qui lui avait promis sa foi. Les fiançailles se contractaient par paroles de futurs. *Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum.* Le seul consentement suffisait. Mais elles étaient ordinairement accompagnées d'arrhes qu'échangeaient les parties et qui étaient perdues pour le rétractant ou restituées par lui au double, en cas de rupture sans cause légitime.

Les Germains n'ignoraient pas l'usage des fiançailles, qui intervenaient entre les futurs par l'intermédiaire des deux familles. Mais, chez eux, l'on se contentait d'échanger des

présents sans offrir des arrhes restituables. Le fiancé affirmait en outre qu'il avait assez de biens pour fonder un ménage. Chez les Francs, les fiançailles paraissent avoir consisté en une simple promesse verbale appuyée de la remise d'un sou d'or et d'un denier par les filles et de trois sous d'or et un denier par les veuves. C'était d'ailleurs un véritable contrat qui produisait des effets civils. Celui qui enlevait une fiancée devait payer une double composition, l'une à la famille de la jeune fille, l'autre à son fiancé. Si ce dernier refusait de tenir sa promesse, il était frappé également d'une composition, et perdait les présents qu'il avait offerts à sa future. Celle-ci, au contraire, n'était pas obligée de contracter le mariage qu'elle avait promis et, en cas de rupture, n'était soumise à aucune indemnité.

L'Eglise emprunta les fiançailles à la législation romaine. Elle leur donna même une solennité et une sanction particulières, en exigeant qu'elles fussent bénies par elle (1). Dans une lettre adressée à l'évêque de Poitiers en 1180, le pape Alexandre III défendit de rompre, à moins d'une cause impérieuse, les fiançailles échangées sous la foi du serment. Celles-ci pouvaient être faites, soit par les parents, soit par les futurs eux-mêmes. Dans le premier cas, les fiancés, s'ils étaient mineurs au moment de la promesse, pouvaient à leur majorité se désister du contrat qui n'était, en quelque sorte, que conditionnel. Mais s'ils le ratifiaient après avoir atteint l'âge où leur consentement devenait valide, ils étaient liés, pourvu qu'ils eussent accompagné leur ratification d'un serment.

Le droit romain établissait une différence entre le consentement du fils soumis à la puissance paternelle et celui

(1) Cet usage existait dès le IVe siècle, ainsi que l'atteste une lettre du pape Sirice à Himérius, évêque de Tarragone : *illa benedictio quam nupturæ sacerdos imponit.* Cependant la bénédiction elle-même n'était pas de l'essence des fiançailles : quelquefois elle n'intervenait, comme à Orléans, qu'après la publication des bans.

de la fille. Le consentement du premier devait être formellement exprimé ; quant à la fille, il suffisait qu'elle n'exprimât point une volonté contraire à celle de son père. A plus forte raison, le tuteur ne pouvait engager sa pupille sans son assentiment. Il ne parait pas que, dans le droit coutumier primitif, cette distinction ait été admise. Du moins les actes auxquels on peut recourir pour connaître les usages adoptés en pareille circonstance ne le démontrent pas (1).

Les engagements des parents ne devaient pas, en général, être sanctionnés par une clause pénale. A Rome même, les arrhes n'étaient pas considérées comme une clause pénale proprement dite. Les mariages devaient être libres. C'est en s'inspirant de ce motif que les décrétales avaient décidé que l'on ne pouvait réclamer à titre de peine la somme qui avait été stipulée pour assurer l'exécution d'une promesse de mariage (1). Par la même raison, les *Etablissements de St-Louis* admettaient la validité des arrhes échangées entre les parents des deux fiancés, lorsque les parents s'engageaient à marier leurs enfants, mais ils proscrivaient la clause pénale (3). Cependant cette distinction un peu subtile n'était pas admise par toutes les coutumes ; dans le Beauvoisis, le père qui promettait sa fille en mariage pouvait se soumettre d'avance à une pénalité en cas de rupture de sa promesse (4). Peut-être était-ce une conséquence du respect dû au serment qu'il prêtait sur « saintes évangiles », car les engagements

(1) On voit dans un acte du 11 janvier 1349, dressé par un notaire bourguignon, un père se porter fort pour son fils et promettre de lui faire épouser une jeune fille pour laquelle trois personnes s'engagent, sans qu'aucune réserve soit faite pour l'un ou l'autre des fiancés. (*Revue historique du droit*, t. XIII, p. 556).

(2) Décret., lib. IV, tit. 1, 29.

(3) Liv. I, ch. 128, p. 242, édit. Viollet.

(4) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, ch. XXXIV, § 62 ; *Revue hist. du droit*, t. XIII, p. 558, 560.

de cette nature étaient, en général, accompagnés d'une prestation de serment, pour leur donner plus de solennité. Des tiers pouvaient aussi intervenir dans le contrat des fiançailles et promettre de faire consentir les parties, qui n'étaient pas présentes ou habiles à contracter, à la célébration de l'union.

Lorsque les fiançailles avaient lieu non entre les parents, mais entre les futurs, elles se formaient de deux manières: par paroles de présent, dans le secret, ou par paroles de futur. Elles avaient lieu par *paroles de présent*, quand les deux parties se disaient: « je vous prends à époux. » Elles avaient lieu par *paroles de futur*, lorsqu'elles se promettaient seulement de se choisir plus tard pour époux.

D'après d'antiques usages auxquels la critique moderne a cru reconnaître une origine germanique (1), l'échange d'un morceau de pain, d'un fruit, d'un verre de vin, établissait entre les deux fiancés un lien qu'ils ne pouvaient rompre, et qui était véritablement le lien conjugal, même sans que l'Eglise intervînt pour le bénir. Les populations de la Picardie, de l'Anjou, du Béarn avaient conservé cette coutume jusqu'à la fin du dernier siècle. V. *infra*. Si une forme aussi simple de contrat était, au moins à l'origine, admise pour valider l'union conjugale, à plus forte raison devait-elle l'être pour les fiançailles. Aussi reconnaissait-on d'ordinaire que deux parties étaient fiancées lorsqu'elles avaient échangé entre elles des menus présents, lorsqu'elles avaient bu et mangé ensemble, « en foy et loyauté de mariage (2). »

On comprend que la mauvaise foi pouvait facilement tirer parti de circonstances de ce genre, pour en induire

(1) Sohm, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 115-127.

(2) En Lorraine, il était coutume que les parties prissent part à une collation et qu'elles bussent dans le même verre. En Bourgogne, cet usage était également suivi en 1373 (*Revue historique du droit*, t. XIII, p 551.)

un consentement supposé. Ainsi, dans un acte de 1403, un prétendu fiancé prétend avoir offert une pomme à une veuve qui l'avait acceptée et mangée en signe de promesse. On organisait des manœuvres coupables pour contraindre ensuite une femme à contracter un mariage auquel elle n'avait jamais donné son assentiment. Ces fraudes étaient d'autant plus faciles que l'on admettait des enfants en bas âge à se fiancer, sous la condition de ratifier leur engagement lorsqu'ils seraient parvenus à la puberté ; tant qu'ils n'étaient point arrivés à cet état, ils ne pouvaient revenir sur la promesse faite par eux. Une seule ressource leur restait : c'était de protester par un acte public et de se plaindre à la justice de la surprise dont ils avaient été les objets. Les tribunaux se montraient, il est vrai, fort sévères contre les auteurs de ces « conspirations » ou de ces fraudes ; ils les punissaient d'amendes, du bannissement, de la confiscation de leurs biens (1). Néanmoins, il y avait là un danger réel, qui éveilla la sollicitude de l'Église et de la royauté. Le concile de Trente défendit les fiançailles par paroles de présent, et l'art. 44 de l'ordonnance de Blois interdit aux notaires de les constater, à peine de punition corporelle. Il ne subsista donc, à partir du XVIe siècle, qu'un seul mode de se fiancer, la *parole de futur*.

L'âge où les jeunes gens pouvaient échanger la promesse de s'épouser n'avait pas été déterminé d'une manière exacte. Cependant en général, d'après le droit canonique, les fiançailles étaient valables dès que les enfants avaient atteint l'âge de discernement, la septième année.

Les enfants de famille et les mineurs ne pouvaient valablement contracter des fiançailles et faire des promesses de mariage sans le consentement de leurs père ou mère, tuteur ou curateur. Les princes et princesses du sang ne le pouvaient sans le consentement du roi.

(1) *Revue historique, loc. cit.*, p. 553.

Cet engagement n'était en outre valable, il est à peine besoin de l'ajouter, qu'à la condition d'être réciproque. Le droit romain l'appelait pour ce motif *repromissio futurarum nuptiarum*. On en concluait que si une partie avait remis à une autre un billet ainsi concu : « Je promets à X. de l'épouser, » sans qu'il y eût une contre-promesse, ce billet était complètement nul. De même, s'il était laissé entre les mains de l'un des futurs, sans que l'autre en eût un double, la convention n'avait aucune valeur, parce qu'il était loisible à la partie détentrice de la promesse réciproque de la faire disparaître. Au contraire, elle était valable, si elle était déposée entre les mains d'un tiers.

Il est évident que les fiancés étaient autorisés à se dégager d'un commun accord, et qu'à plus forte raison ils pouvaient ajourner la célébration de l'union, lors même qu'une date avait été fixée pour cette célébration au moment des fiançailles. Les parties pouvant aussi changer isolément de volonté, on considérait que la seule signification de ce changement de volonté suffisait à annuler le contrat. De là cette règle formulée par Loysel : « *fille fiancée n'est ni prise ni laissée ; car tel fiance qui n'épouse point.* » La future qui rompait l'engagement était tenue de restituer les présents qu'elle avait reçus et de payer les dépenses faites pour le contrat, s'il en avait été dressé un. Quant au futur, on le condamnait ordinairement à des dommages-intérêts, moins en vertu des clauses pénales qu'il avait stipulées dans la convention, qu'à raison du préjudice que la rupture du projet de mariage portait à sa fiancée.

Les fiançailles par paroles de futur avaient lieu devant l'Eglise : les parties déclaraient, en présence du curé, qu'elles promettaient de s'épouser. Par suite, quelques conciles particuliers avaient décidé que l'on ne pouvait les rompre qu'en face d'une autorité ecclésiastique. On se rendait devant l'official de l'évêché qui prononçait la

nullité des promesses échangées. Les parties étaient alors dégagées de leur parole. Mais, comme le font remarquer les conférences ecclésiastiques, c'était une pure tolérance : « L'Eglise n'en agissait ainsi que pour empêcher que de tels mariages n'eussent de mauvaises suites : encore leur imposait-elle pour lors des pénitences, afin de les punir de ce que sans raison elles violaient leur parole (1). » On allait également devant l'official pour faire lever les oppositions au mariage fondées sur l'existence de précédentes fiançailles.

Les promesses conjugales faites par paroles de présent constituaient un véritable engagement dont l'exécution pouvait être réclamée en justice. Il était donc nécessaire, avant l'ordonnance de Blois qui interdit aux notaires de recevoir aucune promesse de cette nature, de les constater par acte public, si elles étaient déniées par l'une des parties. Leur rupture était également établie par un acte authentique, que dressait le plus souvent un notaire de l'officialité. Tant que cet acte n'existait pas, les parties ne pouvaient contracter d'autres fiançailles et, à plus forte raison, une véritable union. C'est pourquoi, au moment où les bans de mariage étaient publiés, les fidèles étaient obligés en conscience de révéler, comme un empêchement légitime, l'existence de ces promesses faites par l'un des futurs époux à une autre personne (2).

Ces règles primitives se modifièrent avec le temps. D'une part, on proscrivit l'usage des fiançailles par paroles de présent. De l'autre, on cessa d'exiger que les futurs époux se fussent solennellement promis « loyaulté de mariage » avant de contracter l'union conjugale. Dans le dernier état de notre législation coutumière, cette promesse con-

(1) *Conf. acclés.*, t. III, liv. 6, conf. 6, p. 593, édit. de 1715.

(2) Un acte de 1366, dressé dans le duché de Bourgogne, donne la formule des déclarations usitées en pareil cas, après la publication des bans. (*Revue historique du droit*, t. XIII, p. 564.)

tinua d'être une habitude, mais ne fut plus indispensable. L'Eglise qui tenait à la constater et à la bénir, se relâcha elle-même de ses anciennes exigences. Dans un grand nombre de provinces, les futurs s'abstinrent de se rendre devant elle pour échanger leur mutuel engagement. Dans d'autres contrées au contraire, l'usage conserva les fiançailles devant l'Eglise, comme à Paris. Mais les promesses prirent davantage l'aspect d'un contrat civil. Aux termes de l'art. 7 de l'ordonnance rendue en 1639 par Louis XIII, elles durent être constatées par un écrit rédigé en double exemplaire, en présence de huit proches parents. Cette obligation avait pour effet moins de prouver l'engagement que de manifester l'existence des arrhes échangées, et dont la restitution devait être opérée en cas de rupture. Un arrêt du 20 août 1680 décida qu'elles pouvaient être réduites et modérées par le juge, lorsqu'elles dépassaient une quotité ou une valeur convenable.

J'ai dit plus haut que le juge d'Eglise connaissait de la validité ou de l'invalidité des promesses de mariage, parce que les tribunaux ecclésiastiques étaient compétents pour statuer sur les empêchements qui résultaient de ces promesses. Mais la compétence de l'official n'était pas générale et absolue. En premier lieu, il ne pouvait connaître des fiançailles qu'entre le fiancé et la fiancée. Lorsqu'un père avait promis de donner son fils ou sa fille à quelqu'un, l'engagement qu'il avait ainsi contracté n'ayant rien de spirituel, échappait à la juridiction ecclésiastique. C'était le juge séculier qui devait en connaître. En second lieu, l'official ne pouvait statuer sur les dommages et intérêts demandés pour cause de rupture ou d'inexécution de la promesse, à moins que la partie poursuivie ne fût un clerc soumis à la juridiction ecclésiastique, cas auquel il devenait compétent. Dans toutes les autres circonstances, l'action en dommages et intérêts devait être portée devant le juge civil, bien que la ques-

tion de la validité des fiançailles ait été déjà débattue et jugée à l'officialité, dont la sentence n'avait pas autorité de la chose jugée devant le tribunal séculier. Celui-ci appréciait donc à nouveau l'engagement, et, s'il le trouvait valide, condamnait la partie qui refusait de l'accomplir à des dommages et intérêts dont il fixait la valeur, mais sans pouvoir la contraindre à contracter l'union à laquelle elle se refusait, parce qu'il devait respecter sa volonté et la liberté des mariages. De même, lorsque le juge ecclésiastique était saisi d'une demande à fin de validité d'une promesse, il pouvait, dans le cas où il reconnaissait cette validité, exhorter la partie à tenir son engagement, mais non la condamner à l'exécuter ou l'y contraindre par des censures spirituelles, ce qui aurait donné ouverture à un appel comme d'abus. Son droit se bornait à prononcer la rupture des fiançailles et à infliger à la partie qui l'avait provoquée une pénitence consistant en prières ou en aumônes, sans statuer sur les dommages et intérêts.

Outre le consentement mutuel des parties, soit exprès, soit tacite, qui était admis même dans le cas où la promesse avait été appuyée par un serment réciproque, les principales causes de dissolution de l'engagement étaient : 1° le manque de foi de l'une des parties ; celle qui se donnait à un autre demeurait obligée, mais son fiancé était dégagé et pouvait, à son choix, ou lui demander des dommages et intérêts ou l'exécution de sa promesse, à moins qu'elle n'eût contracté un mariage valide ; 2° la survenance d'un empêchement faisant obstacle au mariage, par exemple un rapt, une maladie contagieuse, une infirmité interdisant à la partie de subvenir à son existence et de supporter les charges conjugales, la perte totale de la fortune, etc. ; 3° la découverte dans la personne avec laquelle on avait contracté l'engagement d'un vice ignoré au moment de la promesse, et qui se fût opposé à cette promesse, s'il eût été connu au moment où elle

était donnée ; 4° la prononciation de vœux solennels de religion ou l'admission de l'une des parties dans les ordres sacrés. Le simple noviciat dans un monastère ou des vœux ordinaires, qui n'avaient aucun effet dans le for extérieur, ne rompaient pas les fiançailles, ou du moins ne dégageaient point le novice ou le religieux, tout en rendant la liberté à l'autre partie.

J'ai dit plus haut que le vœu simple de chasteté et les fiançailles étaient, dans le dernier état de l'ancien droit, considérés comme des empêchements prohibitifs. Le droit coutumier et le droit canonique n'avaient pas admis un autre obstacle qui était reconnu par le droit romain et que notre législation moderne a ressuscité, je veux parler du temps de deuil pour la veuve qui se propose de convoler à des secondes noces.

A Rome, la femme qui avait perdu son mari devait attendre pour se remarier l'expiration d'une année depuis le décès de son premier époux, sous peine d'être notée d'infamie, de la perte de ses droits successifs *ab intestat* sur l'hérédité de ses parents au-delà du troisième degré et de la privation du droit de recevoir par acte de dernière volonté. On voulait ainsi empêcher l'incertitude de la paternité des enfants qui naîtraient à une époque voisine de la dissolution du premier mariage.

Sous les Carlovingiens, la femme ne pouvait, de même, se remarier qu'un mois après le commencement de son veuvage, sous peine d'une amende de 80 sous d'or. Le capitulaire de 818 qui avait établi cette pénalité ne se proposait pas de prévenir les confusions de part, mais de faire respecter la décence publique qui impose à une veuve une tristesse au moins apparente et la retraite pendant les premiers jours de son deuil. Le droit féodal n'était pas allé aussi loin que le droit romain. Cependant, d'après les *Assises de Jérusalem*, la femme qui se remariait avant l'an et jour était privée des avantages pécuniaires

que lui avait faits son premier mari. Mais cette disposition était spéciale à l'Orient. En France, le droit coutumier avait repoussé les prohibitions romaines et adopté la règle des canons ecclésiastiques, d'après lesquels la veuve pouvait convoler à des secondes noces sans observer aucun délai. Il estimait qu'il y avait un grand intérêt à favoriser son second mariage pour lui assurer un protecteur et surtout pour placer ses biens sous l'administration d'un homme qui sût les faire valoir. L'agriculture et le commerce, les devoirs féodaux imposés au possesseur d'un fief lui avaient paru justifier cette dérogation au principe posé par la législation romaine, qui s'était surtout inspirée des intérêts des enfants et de la crainte d'introduire dans une famille des membres qui ne lui appartenaient réellement pas. C'est cette dernière préoccupation qui l'a emporté lors de la rédaction de notre code civil.

CHAPITRE III

CAS OU L'EMPÊCHEMENT POUVAIT ÊTRE LEVÉ AU MOYEN D'UNE DISPENSE

Le pouvoir d'accorder des dispenses d'empêchement de mariage appartenait évidemment à l'autorité qui avait le droit d'établir ces empêchements. Par suite, quand la puissance séculière avait créé des obstacles à l'union conjugale, elle seule avait compétence pour les lever. C'est ainsi que les empereurs Arcadius et Honorius permirent aux cousins-germains de s'adresser à eux pour obtenir la dispense de l'interdiction établie par Théodose, et que le roi Théodoric accorda plusieurs fois des dispenses de ce genre, au témoignage de Cassiodore. L'Eglise catholique eut, par la même raison, le droit de dispenser des em-

pêchements dirimants qu'elle avait édictés. Le 3ᵉ canon de la 24ᵉ session du concile de Trente eut spécialement pour objet de condamner la doctrine des protestants qui lui contestaient ce pouvoir.

En matière ecclésiastique, les dispenses étaient d'ordinaire accordées par l'évêque du diocèse dans lequel se trouvaient les parties. Cependant, dans certains diocèses de France, le pape était en possession du droit exclusif de les concéder, à moins que l'évêque n'eût reçu un induit spécial de la cour romaine à cet effet. Un concile provincial de Tours, tenu en 1583, et les statuts synodaux d'Orléans, rédigés au xviiᵉ siècle, reconnaissent expressément que le Saint-Siège avait, dans ces lieux, acquis ce droit par prescription. Dans les autres diocèses, les vicaires généraux étaient en droit de les accorder, lorsque les évêques ne se les étaient pas formellement réservées. Mais ni les chapitres, ni les abbés qui jouissaient d'une juridiction quasi-épiscopale dans un territoire ne pouvaient lever les empêchements au mariage, sans justifier d'une possession constante de ce pouvoir.

On distinguait, autrefois, deux sortes de dispenses : les unes qui étaient préalables au mariage et qui avaient pour but d'en autoriser la célébration ; les autres qui étaient postérieures à l'union conjugale et qui prenaient le nom de réhabilitations. Les premières ne devaient être accordées que très difficilement, parce qu'elles constituaient une dérogation à une règle expresse. Les secondes au contraire pouvaient être plus facilement concédées, parce qu'elles se bornaient à tolérer l'infraction commise, afin d'éviter un plus grand mal, celui qui résulterait du scandale produit par la dissolution du mariage.

§ 1. *Dispenses préalables au mariage*

Nous avons vu que le pouvoir d'accorder des dispenses est le pouvoir de déroger à une règle établie par une autorité légitime. On distinguait entre les dispenses accor-

dées par la puissance séculière et celles qui étaient concédées par la puissance ecclésiastique. Pour les premières, on reconnaissait, dans notre ancien droit, qu'elles n'avaient pas besoin d'être motivées. Le souverain, qui avait fait la loi, avait aussi le pouvoir d'y déroger; son bon plaisir était regardé comme une raison suffisante. Pour les secondes, au contraire, elles devaient être justifiées par un motif sérieux et que la conscience pût ratifier. La loi ecclésiastique n'est pas, en effet, de celles auxquelles on puisse déroger sans une juste cause. Les fidèles ne peuvent être déliés de l'obéissance qui lui est due par un pur caprice. Il faut que l'on se trouve dans un de ces cas qui comportent exception, et qui, s'ils eussent été connus, auraient motivé de la part du législateur lui-même une dérogation à la règle générale. Les supérieurs ecclésiastiques sont alors les dispensateurs et non les maîtres absolus des dispenses; ils suppléent au silence du législateur, mais ne s'y substituent pas. C'est pourquoi les dispenses accordées par l'Eglise ont été si rares à l'origine et pourquoi le concile de Trente déclare que l'on doit en être très sobre et qu'elles ne peuvent être données que pour de justes sujets, *rarò, idque ex causa.*

I. *A quels empêchements s'appliquaient les dispenses.* — Parmi les empêchements dirimants absolus, le défaut de raison, le défaut de puberté, l'impuissance, l'existence d'un premier mariage n'étaient pas susceptibles de dispenses. Ils étaient en effet fondés sur la nature même de l'union conjugale; aucun pouvoir ne pouvait les faire disparaître.

Les empêchements résultant de l'engagement dans les ordres sacrés et de la profession religieuse étaient presque de la même nature. Cependant les souverains Pontifes accordaient quelquefois ces dispenses à des princes qui avaient reçu les ordres, lorsque le bien de l'Etat l'exigeait, et même à de simples particuliers, lorsqu'ils avaient été

ordonnés par force ou qu'ils n'avaient reçu que le sous-diaconat. Quant à la dispense de l'empêchement résultant de la profession religieuse, elle était aussi très rare, et n'avait pas pour effet de rendre au religieux relevé de ses vœux l'état civil qu'il avait perdu. Pour que le mariage de ce religieux pût produire ses effets civils, il était indispensable que l'autorité temporelle intervînt, à moins que les vœux n'eussent été déclarés nuls par l'autorité ecclésiastique, car, dans ce cas, le religieux était réputé ne les avoir jamais prononcés.

L'empêchement résultant de la parenté, en ligne directe, ne pouvait être levé par une dispense, quel que fût le degré. Il ne pouvait l'être non plus en ligne collatérale entre le frère et la sœur, entre la tante et le neveu; le mariage de ces personnes était regardé comme incestueux. Il semble qu'il aurait du en être de même entre l'oncle et la nièce. Cependant, on cite de fréquents exemples de dispenses accordées dans ce dernier cas, et il est constant qu'elles sont aujourd'hui concédées sans difficulté. L'empêchement résultant de la parenté entre cousins-germains et, à plus forte raison, entre cousins à un degré plus éloigné, pouvait être l'objet de dispenses.

Quant à l'affinité, on ne pouvait en dispenser en ligne directe, mais seulement en ligne collatérale. Ainsi, on pouvait épouser successivement les deux sœurs, quand l'empêchement avait été régulièrement levé.

La dispense de l'empêchement résultant de la parenté spirituelle était facilement accordée. Quant à celui qu'on appelait d'honnêteté publique, à raison de fiançailles ou d'un mariage non consommé, il ne pouvait être l'objet de dispenses, parce que l'on ne peut pas honnêtement permettre ce que l'honnêteté publique défend. Il convenait toutefois de distinguer. En ligne directe, la règle s'appliquait d'une manière absolue; en ligne collatérale, au contraire, l'un des fiancés ou des conjoints pouvait, avec des

dispenses, épouser les parents de l'autre, parce que ces mariages ne répugnaient pas à la morale proprement dite et au droit naturel.

L'empêchement provenant du rapt n'était pas susceptible de dispense, pas plus que celui qui interdisait à une femme d'épouser le complice de son adultère ou le meurtrier de son mari. La dispense eût été, en ces divers cas, un encouragement au crime. Toutefois, si le mariage avait été célébré malgré l'empêchement, la cour de Rome pouvait, par un bref de pénitencerie, valider l'union et la réhabiliter, dans le but d'empêcher le scandale qu'occasionneraient la divulgation de la faute et la séparation des époux.

Dans tous les cas où l'empêchement pouvait être levé, la dispense était accordée par l'autorité ecclésiastique. Mais elle cessait d'être compétente lorsque l'obstacle provenait du refus de consentement des personnes sous la puissance desquelles étaient placés les futurs et lorsqu'il résultait de la différence de religion, en vertu de l'édit de 1680, qui interdisait le mariage entre catholiques et protestants. Pour le premier cas, l'empêchement ne pouvait être écarté que par une décision judiciaire reconnaissant l'opposition des parents mal fondée. Pour le second, la dispense devait émaner du roi, qui avait prohibé l'union.

II *Motifs et formes des dispenses.* — A. *Motifs des dispenses.* — La cour romaine reconnaissait plusieurs causes principales de dispenses des empêchements de parenté ou d'affinité.

La première était celle que l'on appelait *ob angustiam loci*, quand une jeune fille ne pouvait se marier dans sa condition hors de sa parenté ou de son alliance.

La seconde était celle que l'on nommait *indotata*, quand la future n'était pas dotée.

La troisième se rapprochait de la précédente, *ob incompetentiam dotis*; elle se produisait lorsque la jeune fille n'avait qu'une dot insuffisante qui ne lui permettait pas de trouver un époux en dehors de sa famille.

La quatrième, qu'on appelait *vidua filiis gravata*, pouvait être invoquée par une veuve chargée d'enfants, dont l'éducation exigeait qu'elle épousât un parent on un allié capable d'assurer l'existence et l'entretien des orphelins.

La cinquième se tirait de l'âge de la future. Lorsque celle-ci avait dépassé sa 24e année, elle était réputée plus difficile à marier et pouvait obtenir une dispense qui lui permît d'épouser un parent.

La sixième était applicable à la jeune fille qui habitait un lieu où se trouvaient un grand nombre d'hérétiques cachés, ou bien dans lequel la corruption des mœurs était si générale qu'elle ne pouvait espérer épouser soit un orthodoxe, soit un homme d'une moralité intacte.

L'urgence de terminer un procès considérable, le besoin de conserver les biens d'une famille illustre, la nécessité d'éviter le scandale d'une passion désordonnée ou le deshonneur d'une jeune fille, étaient également des causes de dispenses. Lorsque la requête n'indiquait pas un motif précis, et que l'empêchement était néanmoins levé, on supposait qu'il était écarté pour une raison sérieuse, que les parties avaient intérêt à taire, mais qui avait été néanmoins appréciée et reconnue fondée.

B. *Formes des dispenses.* — La partie qui poursuivait la dispense devait déposer à l'officialité de son diocèse une supplique adressée au souverain Pontife et énonçant le nom du ou des demandeurs, la nature de l'empêchement, le degré de parenté ou d'affinité, l'aveu des relations illicites existant entre les futurs, si elles s'étaient établies, etc. L'official transmettait la requête à Rome, où les dispenses s'expédiaient à la daterie, *in forma commissoria*, c'est-à-dire sous forme d'une délégation à l'official du diocèse qui était chargé d'informer sur la véracité de la supplique et de délivrer la dispense, en cas de vérification favorable. Si les deux parties en cause

appartenaient à des diocèses différents, les lettres de dispenses étaient adressées à l'official du domicile de la future qui rendait, s'il y avait lieu, une sentence de fulmination. C'était cette sentence qui contenait, à proprement parler, la concession de la dispense. Il en résultait que, si l'official reconnaissait la fausseté du fait allégué, sur un point essentiel, qu'il fût ou non l'œuvre des parties, les dispenses accordées à Rome étaient *obreptices* et nulles : en conséquence, elles ne devaient pas être fulminées. Il en était de même lorsque la supplique, tout en énonçant des faits vrais, ne contenait pas tout ce qui devait y être exposé ; il était alors nécessaire d'en produire une nouvelle, ou du moins de s'adresser à l'évêque diocésain qui, autorisé par le pape à accorder les dispenses, pouvait puiser dans cette autorisation le droit de suppléer aux omissions de la rèquête et de la première dispense. En certains diocèses, à Paris, à Châlons-sur-Marne, en Languedoc, dans la Guyenne, les évêques accordaient *de plano* les dispenses des empêchements pour cause de parenté ou d'affinité aux troisième et quatrième degrés canoniques.

§ 2. *Dispenses postérieures au mariage*

Lorsque les dispenses intervenaient après la célébration du mariage auquel il avait été procédé malgré un empêchement, elles prenaient le nom de *réhabilitations*. Elles avaient pour but de valider l'union qui était entachée d'un vice ; ce vice pouvait d'ailleurs, selon les circonstances, être effacé par d'autres moyens. Ainsi la célébration d'un nouveau mariage rendait toute sa validité à l'union clandestine. La volonté des parties suffisait pour réhabiliter le mariage de deux personnes dont le consentement n'avait pas été libre en entier, par exemple, lorsqu'il y avait eu erreur sur la personne physique. Quand le mariage ne pouvait être réhabilité par l'un de ces deux

modes et que, du reste, l'empêchement était susceptible de dispenses, un *bref de la pénitencerie*, adressé à un prêtre approuvé, validait l'union, alors même que les parties auraient connu l'obstacle légal qui s'opposait à leur mariage et n'auraient contracté celui-ci, en dissimulant l'empêchement, que dans l'espoir d'obtenir plus facilement une dispense.

Autrefois, l'official qui déclarait nul un mariage pour défaut de forme, sur la demande de l'un des époux, avait coutume d'ordonner que les parties seraient tenues de le réhabiliter et de se pourvoir, s'il en était besoin, pour obtenir les dispenses nécessaires, dans le cas, bien entendu, où ces dispenses pouvaient être accordées. Mais les parlements déclarèrent abusive cette habitude, parce que le pouvoir des officialités ne s'étendait qu'aux questions de validité ou d'invalidité des unions conjugales, sans qu'il leur appartînt de faire des injonctions aux parties. Ils réservèrent aux cours de justice séculière, saisies par un appel comme d'abus, le droit d'ordonner à celles-ci de se pourvoir devant les évêques pour obtenir la réhabilitation de leur mariage, aux termes de la déclaration du 15 juin 1697. Par la même raison, un arrêt de règlement du 20 mars 1687 défendit aux officiaux du ressort de Paris d'ordonner l'exécution de leur sentence par provision et nonobstant appel.

TITRE III

DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

—

La célébration de l'union conjugale, condition indispensable pour la validité de ce lien, comportait une double série de formalités, les unes qui devaient la précéder, les autres qui devaient l'accompagner. Les premières consistaient dans la publication des bans, et les secondes dans les cérémonies qui avaient lieu pour constater le consentement des deux futurs époux et la bénédiction nuptiale qui leur était donnée.

CHAPITRE I

PUBLICATIONS PRÉALABLES AU MARIAGE

—

§ 1. *Des bans de mariage*

Avant d'être célébré, tout mariage devait être précédé de la publication des bans. On entendait par là une dénonciation du projet de mariage faite au prône de la messe paroissiale, contenant l'indication des futurs et l'injonction aux tiers de révéler les causes d'empêchement qui pouvaient exister à l'union.

L'usage des bans est fort ancien dans l'Eglise. D'après quelques éditeurs de décrétales, Innocent III y aurait fait allusion dès le XIIIe siècle, dans une épître à l'évêque de Beauvais, par ces mots: *secundum consuetudinem Ecclesiæ*

gallicanæ. Mais cette phrase ne parait pas authentique. Quoi qu'il en soit, le concile de Latran ordonna aux curés de publier à haute voix, dans les paroisses, les promesses de mariage, afin de provoquer la révélation des empêchements qui s'opposeraient à l'union projetée (1). Les fidèles étaient tenus de les faire connaître, encore bien qu'ils ne pussent fournir la preuve de l'obstacle légal, car l'aveu des parties interpellées suffisait à en établir l'existence. Cette injonction, renouvelée par le concile de Trente, passa ensuite dans la législation civile (2). Le but de la publication étant principalement de prévenir la clandestinité des mariages, l'union célébrée sans des bans préalables n'était pas nulle, lorsqu'elle avait eu lieu publiquement. Mais si la publicité n'était pas bien prouvée, l'union était réputée clandestine et privée de ses effets civils. Des peines canoniques pouvaient en outre être prononcées par l'official et des amendes par le juge séculier contre le prêtre qui aurait passé outre à la célébration du mariage, sans s'être fait représenter le certificat de publications ou la dispense accordée par l'autorité ecclésiastique.

Les bans devaient contenir les noms, prénoms, surnoms, qualités et demeures des parties, ainsi que ceux de leurs père et mère; ils devaient être publiés à haute voix et en langue vulgaire, par le curé de la paroisse, son vicaire ou un prêtre par lui délégué. Si le curé refusait de publier les bans, on l'assignait devant l'official pour lui faire enjoindre de s'exécuter; s'il persistait dans son refus, l'évêque commettait un prêtre qui s'acquittait à sa place de ce devoir.

La publication devait avoir lieu dans l'église paroissiale des parties, dans celle où les fidèles allaient recevoir les sacrements. Quand les parties habitaient différentes pa-

(1) Extrav. *de clandest. despons.*, c. *cum inhibitis.*

(2) Ordonnance de Blois, art. 40.

roisses, la publication avait lieu dans chacune d'elles. La résidence habituelle, sans domicile de droit, suffisait pour rendre le curé de la paroisse compétent. Mais si elles étaient mineures, leurs bans devaient être publiés non seulement au lieu de leur résidence, qui était leur domicile de fait, mais à celui de la demeure de leurs père, mère, tuteur ou curateur, qui était leur domicile de droit. Quand une partie avait quitté une paroisse depuis moins de six mois, elle était tenue d'y faire publier ses bans. Quand elle avait changé de diocèse depuis moins d'un an, elle était également obligée de les faire publier au lieu de sa précédente résidence.

Les bans étaient publiés à trois jours de fête, c'est-à-dire les dimanches et les jours de féries qui, sans être d'obligation, attiraient cependant un grand concours de fidèles, au prône de la messe paroissiale et non à un autre office. L'intervalle compétent qui devait séparer les trois publications était réglé par l'usage des divers diocèses. Un curé n'était autorisé à publier les bans de mariage que lorsqu'on lui justifiait du consentement des deux parties et de celui des personnes sous la puissance desquelles elles se trouvaient, si elles étaient mineures par rapport au mariage (1).

On pouvait obtenir des dispenses de la seconde et de la troisième publication, mais seulement, dit l'art. 40 de l'ordonnance de Blois, « pour quelque urgente et légitime cause, et à la réquisition des principaux et plus proches parents des parties contractantes. » On considérait comme de justes motifs de dispenses, la grossesse de la fiancée et le cas où il y avait lieu de craindre une opposition malicieuse et mal fondée, qui aurait différé le mariage ou eût nécessité un long délai pour la faire lever. En général, ces dispenses étaient facilement accordées. Dans l'usage même,

(1) Déclaration du 26 nov. 1639, art. I.

on admit les évêques à dispenser de la publication des trois bans, malgré la prohibition de l'ordonnance de Blois, surtout en cas d'urgence (1). L'autorité ecclésiastique pouvait dispenser des proclamations, mais non permettre qu'elles fussent faites par un prêtre étranger ou ailleurs qu'à la paroisse. En cas d'infraction à cette défense, il y avait lieu à appel comme d'abus. Il y avait de même ouverture à appel comme d'abus lorsque le supérieur ecclésiastique exigeait un prix exagéré de la dispense même en l'appliquant à des œuvres pies.

§ 2. *Des oppositions au mariage*

Le droit de former opposition au mariage appartenait soit aux personnes qui prétendaient avoir déjà contracté un lien avec l'un des futurs, soit à celles qui avaient autorité sur eux, ou qui leur étaient rattachées par la parenté. L'opposition se faisait par acte judiciaire et par ministère d'un huissier ou sergent, entre les mains du curé qui avait publié les bans. Un arrêt de règlement du 15 juin 1691 ordonnait, à cet effet, aux curés de tenir un registre sur lequel ils transcriraient les oppositions, ainsi que les désistements et les main-levées donnés par les parties ou prononcés par jugement. Ces désistements devaient être signés par leurs auteurs, dont l'identité était constatée et vérifiée par le prêtre chargé de les recevoir. Lorsqu'il s'agissait d'une opposition formée contre le mariage d'un non catholique, dont les bans n'avaient pas été publiés par le curé ou le vicaire de la paroise, aux termes de l'édit de novembre 1787, cette opposition était signifiée au

(1) Cependant il y eut de tels abus qu'un arrêt du 13 juin 1634 défendit d'accorder des dispenses complètes sans connaissance de cause, à peine de nullité et de dommages-intérêts contre les évêques ou grands vicaires qui dispenseraient de la première publication. Le parlement de Paris annula, le 22 décembre 1672, quant à ses effets civils, un mariage contracté dans ces conditions entre un maître et sa servante.

greffier de la justice principale du lieu qui avait été chargé de publier les bans, à défaut du curé, et la main-levée ne pouvait être poursuivie que devant la sénéchaussée ou le bailliage du domicile des parties.

Quelque mal fondée qu'elle parût, l'opposition obligeait le prêtre à surseoir à la célébration de l'union conjugale jusqu'à ce que l'opposant ou le juge eût donné main-levée sans réserve ni à charge d'appel, en cas de décision judiciaire. Si le curé passait outre, malgré l'opposition, il était passible d'une suspension de trois ans, prononcée par l'official, et de dommages-intérêts qui pouvaient être demandés contre lui devant le juge civil. Mais le mariage n'était pas nul pour cela, si d'ailleurs l'opposition n'était pas reconnue fondée. Un arrêt du parlement de Paris, du 3 déc. 1691, avait décidé le contraire, sur les conclusions de l'avocat général Lamoignon. Toutefois cette jurisprudence était repoussée par tous les auteurs, d'Héricourt et Pothier en tête.

L'obligation imposée au curé de surseoir à la célébration du mariage était nécessaire; sans elle, les oppositions n'auraient eu ni valeur ni effet. Pourtant, elle engendrait bien des abus dont certains jurisconsultes se plaignaient amèrement. Ainsi, en Bourgogne, si une jeune fille était recherchée en mariage par un jeune homme habitant une autre paroisse, il était d'usage que celui-ci payât aux jeunes gens du village de sa fiancée une somme d'argent à titre d'indemnité. Refusait-il ? Ces derniers faisaient aussitôt notifier des oppositions sous des noms supposés, et de façon à ce qu'elles se succédassent l'une à l'autre. Le mariage était ainsi indéfiniment retardé, parce qu'il fallait recourir au juge pour obtenir la main-levée de chacune d'elles. Aussi, dans les premiers temps du moyen-âge, l'on rencontre fréquemment, en ce pays, une procédure spéciale destinée à prévenir ces difficultés. Des tiers intervenaient et souscrivaient au curé l'engagement de le

garantir contre tous les dommages-intérêts qu'il encourrait, s'il passait outre à la célébration du mariage...., « de tous coûsts, domaiches et destourbiers que ledit curé pourroit avoir et obtenir » (1). Les scrupules de l'officiant ainsi levés, le mariage avait lieu, nonobstant l'opposition. Mais il est probable que l'on avait alors soin de s'assurer que celle-ci n'était point fondée et tendait, sans motif sérieux, à retarder l'union.

En général, les oppositions motivées sur des promesses antérieures de mariage étaient regardées d'un œil peu favorable, et même, dans le dernier état du droit, afin de prévenir les abus, les jurisconsultes insistaient pour que la connaissance de ces oppositions fût retirée aux juges d'Eglise, lorsqu'elles se fondaient sur de simples promesses, que la bénédiction ecclésiastique n'avait pas rendues solennelles. Ils demandaient également qu'en ce cas l'opposition contînt la copie *in extenso* de la promesse, sous peine d'être nulle et sans valeur (2). Mais leurs observations ne furent point accueillies, moins parce qu'elles semblaient peu fondées que parce que la monarchie n'eut pas le temps d'en faire son profit. Les tribunaux ecclésiastiques conservèrent compétence pour statuer sur les oppositions aux bans de mariage toutes les fois qu'elles reposaient sur l'existence d'une union légitime antérieure ou sur celle de fiançailles, solennelles ou non. L'assignation en main-levée dut être exclusivement donnée, en ce cas, devant l'official qui déclarait ou non l'opposition justifiée et la maintenait ou en relevait la partie, selon les circonstances. S'il ne s'agissait que d'une opposition motivée sur des fiançailles, il en prononçait toujours la main-levée, qu'elles fussent prouvées ou non, puisqu'il ne pouvait contraindre la partie qui refusait de tenir son

(1) *Revue historique du droit*, t. XIII, p. 568.
(2) Bannelier sur Davot, t. IV, p. 21.

engagement a l'exécuter, mais devait se borner à lui infliger une pénitence canonique.

Le juge séculier connaissait exclusivement des dommages-intérêts prétendus par le poursuivant et des oppositions formées pour d'autres causes que l'existence d'un lien spirituel antérieur, fiançailles ou mariage. Ainsi celles qui étaient faites par les pères, mères et tuteurs des parties étaient entièrement de sa compétence. Il y avait matière à appel comme d'abus, si le juge ecclésiastique se mêlait d'en connaître. Une opposition motivée sur l'état de la personne, sur des faits de rapt, de subornation, sur des intérêts matériels, sur l'application de l'édit de nov. 1680, qut défendait les mariages entre un catholique et un hérétique,devaient être portées devant le juge royal. Mais comme le fait remarquer Héricourt, dans ses *Lois ecclésiastiques*, art. 3, n° 6, les enfants et les collatéraux étaient difficilement admis à s'opposer à l'union projetée par leurs ascendants ou leurs parents, quoiqu'ils eussent souvent intérêt à ce qu'elle ne fût pas célébrée Le plus fréquemment, leur résistance n'était pas jugée suffisante pour interdire le mariage.

Lorsque le parent d'un mineur formait opposition au mariage de celui-ci, il ne pouvait être procédé à la célébration de l'union qu'après la main-levée et l'avis des parents assemblés devant le juge ordinaire. Mais le désistement de l'opposition résultait suffisamment des actes qui impliquaient une approbation tacite de la famille. Ainsi le contrat passé entre le mineur et ses parents qui lui reconnaissaient dans cet acte la qualité de futur d'une personne déterminée, équivalait à une main-levée régulière. Il en était à plus forte raison de même de l'acte dans lequel cesparentsavaient traité avec lui en qualité de mari, après la célébration du mariage. Ils n'étaient plus rece-

vables à attaquer l'union, sous le prétexte qu'elle avait été contractée malgré leur opposition (1).

Quoiqu'il n'y eût aucune opposition, les rituels de plusieurs diocèses exigeaient que le mariage ne fût pas célébré le jour du premier ban. Mais l'observation de cette règle n'entraînait pas la nullité du mariage. Elle exposait seulement le curé à une poursuite ecclésiastique devant l'officialité et à une peine canonique.

CHAPITRE II

FORMALITÉS DE LA CÉLÉBRATION

§ 1. *Célébration en face d'Eglise*

Sous l'empire de la législation romaine, le mariage était accompagné de certaines formalités; cependant il suffisait du consentement des parties qui s'engageaient à vivre ensemble comme mari et femme, pour que l'union fût légitime et qu'elle produisît des effets civils. *Nuptiis interevenientibus vel consensu*, dit Gaius. Chez les Gallo-Romains, la coëmption, que l'on rencontre dans le droit antérieur de Rome et dans le droit postérieur de la France, paraît avoir été fréquemment en usage. L'Eglise en a même conservé la trace symbolique, en faisant remettre une pièce de monnaie par l'époux à l'épouse au moment de la bénédiction nuptiale. Toutefois cette coëmption n'était pas la mancipation antique : la présence du mari n'était pas indispensable à la validité du lien, lors de la célébration du mariage. *Vir absens uxorem ducere potest*, disent les sentences de Paul ; quant à la femme, elle devait nécessairement être présente, puisqu'elle devait

(1) Arrêt du parlement de Paris, du 27 février 1680

être *livrée* au domicile du mari. D'après les traditions galloises du VIe siècle et les lois de Hoël, qui leur sont postérieures, cependant, le ministère du barde était nécessaire à la célébration de l'union conjugale, afin de lui imprimer un caractère religieux, qui était peut-être, car on ne peut l'affirmer, dans les idées et dans les mœurs des anciens Gaulois.

Chez les Germains, comme chez la plupart des peuples primitifs, le mariage, pour la femme, ainsi qu'on l'a déjà dit, réfléchissait une idée de propriété. La jeune fille était achetée par le mari à son père ou à ses parents, et le mariage n'était réputé célébré que lorsque le prix d'achat avait été payé et lorsque l'épouse avait été en grande pompe conduite à son époux et reçue par lui (1). Lorsque la femme cessa d'être achetée directement, lorsque la loi ne mit plus à prix que le *mundium* ou le droit de protection transmis par ses parents à son mari, en présence du magistrat et de trois témoins, la tradition demeura encore la cérémonie essentielle qui constatait le lien formé entre les deux parties.

Cependant, dès les premiers temps de son établissement, l'Eglise chrétienne avait admis une autre cérémonie, la bénédiction nuptiale, à l'imitation, dit Isidore de Séville, de celle que Dieu donna lui-même dans le paradis terrestre à nos premiers parents. Tertullien, qui vivait aux IIe et IIIe siècles, en fournit une preuve irréfutable. L'Eglise, dit-il, noue le mariage, elle le célèbre à l'oblation, c'est-à-dire à la messe, elle bénit les nouveaux époux... *Matrimonii quod Ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat benedictio* (2). C'est bien d'un mariage accompli en face de l'Eglise dont il parle, d'une union contractée devant les fidèles, par le ministère d'un prêtre officiant.

(1) *Lex Salica heroldiana*, tit. XIV et XLVI ; *lex Burg.*, XIV, 3, et XXXIV, 2 ; *lex Rotharis*, 178, 182, 183.

(2) Lib. II, *ad uxor.*, cap. 8.

La 19e lettre de St-Ambroise à Virgile, n° 7, fait également une expresse allusion à la cérémonie nuptiale : « Le mariage, dit-elle, doit être sanctifié par la bénédiction du prêtre, *velamine sacerdotali et benedictione sanctificari oporteat*. Les papes Sirice et Innocent I, qui vivaient aux IVe et Ve siècles, établissent aussi, dans leur correspondance apostolique, qu'il était d'usage, parmi les chrétiens, de solliciter la bénédiction ecclésiastique des liens conjugaux.

Mais ce n'était là qu'une pieuse coutume, dont l'accomplissement n'était pas essentiel à la validité du mariage. « Entre personnes de condition égale et honnête, disent les empereurs Théodose et Valentinien dans la loi 22e Cod. *de nuptiis*, le seul consentement des parties, attesté par le témoignage de leurs amis, suffit ; il n'est pas nécessaire que le mariage ait été célébré solennellement ; » et la novelle 74 de Justinien ajoute : *Nuptiæ, extra dotalia instrumenta, ex solo affectu valeant et ratæ sunt*. Le mariage des personnes illustres se prouvait par un acte de conventions matrimoniales; mais pour les personnes d'une condition inférieure, quoique honnête, elles pouvaient, à défaut de contrat, se rendre en une église et y déclarer leur union au défenseur, qui devait dresser un acte de leur déclaration en présence de témoins, ce qui n'était pas permis aux gens de condition vile. Par suite, les personnes illustres et celles de basse extraction pouvaient contracter mariage sans aller à l'église, et celles d'un rang intermédiaire n'avaient l'obligation de faire constater leur union par un défenseur, qui était souvent un laïque, que lorsqu'elles jugeaient, à défaut de conventions matrimoniales, nécessaire de faire dresser un acte qui la prouvât.

La bénédiction nuptiale n'était donc pas indispensable pour donner au mariage la force d'un contrat civil. Elle ne l'était pas non plus pour lui communiquer la vertu d'un sacrement. Rien ne l'établit mieux que la réponse du

pape Nicolas 1er à la consultation des Bulgares au IXe siècle. Après avoir décrit les cérémonies usitées dans l'Eglise romaine pour la célébration des mariages, l'oblation offerte par les futurs époux à Dieu par l'entremise du prêtre, la bénédiction donnée par celui-ci et l'apposition du voile, les couronnes placées sur leur tête à la sortie du temple, etc. le souverain Pontife ajoute que ces cérémonies ne sont pas de l'essence même du sacrement, et que le seul consentement des parties, donné selon les lois, suffit, *per hoc sufficiat, secundum leges, solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur.* C'est du sacrement seul dont il parle en ce passage, car il n'était consulté par les Bulgares qu'au sujet des formes requises pour la validité du sacrement.

Cependant l'absence de toute cérémonie religieuse et l'admission du seul consentement des parties comme lien des époux avaient pour résultat de favoriser un grand abus : la clandestinité des unions conjugales. L'Etat était intéressé à les rendre publiques, afin de ne pas laisser suspecter la situation des époux et d'éviter les fraudes commises à l'égard des tiers. Charlemagne et ses successeurs auraient, dit-on, exigé que les futurs reçussent la bénédiction nuptiale à peine de nullité, et le concile de Troisli, tenu en 909, aurait renouvelé cette prescription. Les capitulaires auxquels elle est empruntée, ainsi que les canons de ce concile, sont sans doute suspects, parce qu'ils ont été rapportés par Benedictus Levita ; mais le recueil de ce compilateur peut au moins témoigner de l'usage suivi au IXe siècle, et il n'est pas douteux qu'à partir de ce moment la bénédiction nuptiale fut un élément essentiel à la validité des mariages.

Combien de temps cette pratique demeura-t-elle en vigueur? Il est difficile de le préciser. Au XIIe siècle cependant, une nouvelle modification paraît s'être déjà opérée dans les mœurs, sinon dans la législation, et ce change-

ment est constaté par deux décrétales du pape Alexandre III, insérées au ch. 9 *extra de sponsal.* et au ch. 8 du titre *de sponsal.duor.* de l'ancienne collection. La célébration du mariage en face de l'Eglise et la bénédiction nuptiale ne sont plus regardées comme indispensables à la validité de l'union conjugale. Celle-ci est valablement contractée par cela seul que les parties se sont réciproquement promis de se prendre pour mari et femme. Ce sont les *sponsalia de præsenti* dont il a été parlé plus haut. Le pape déclare : « Si l'homme et la femme, tous deux présents, ont échangé cette parole : Je te prends à époux, je te prends comme épouse, ils sont liés par cet engagement réciproque même en l'absence de toute solennité, et la femme ne peut épouser un autre mari. » La même règle fut implicitement admise par le concile de Latran, tenu sous Innocent III. et qui prohiba les mariages clandestins. En exigeant que les mariages fussent précédés de trois publications de bans et qu'ils fussent célébrés devant l'Eglise, ce concile ne déclara pas nulles les unions qui auraient été contractées sans ces formalités ; il se borna à infliger une pénitence aux personnes qui se soustrairaient à leur accomplissement. Les mariages *par paroles de présent* continuèrent donc d'être considérés comme de vrais mariages, non seulement en tant que contrat civil, mais aussi comme sacrement. On se contenta de reconnaître que leur clandestinité était répréhensible et qu'en ce cas le sacrement était reçu dans de mauvaises dispositions (1).

On a vu plus haut que quelquefois même les paroles

(1) L'usage des *sponsalia de præsenti* se maintint pendant de longues années en France. Voici un acte passé dans le duché de Bourgogne en 1324 : « ..... Othe se consentivit in sponsum et maritum Johanne per talia verba : Ego volo vos in uxorem secundum præcepta sanctæ ecclesiæ, et ego vos in maritum. Testes Otho abbas, Johannes D. et Hugo Davon et plures alii. » (*Chartæ nuptiales, Mémoires de la commission des antiquités de la Côte-d'Or*, ann. 1832-1833, p. 3.)

pouvaient être suppléées par l'échange d'un morceau de pain, de quelques gouttes de vin. A Rouen, le pain et le vin étaient présentés aux époux par le père de l'un d'eux, en signe de leur union et comme un symbole de la vie conjugale. Dans le roman de Perceforest, l'auteur met en scène un chevalier qui tend une coupe pleine à sa fiancée en lui disant : «S'il est ainsi que le mariage de vous et de moy vous plaise, je vous requiers que vous recevez ceste couppe et y beuvez. » La jeune fille l'offre à son tour à son futur et lui dit : « Sire, je vous prie que vous beuvez devant, comme mon mary, mon amy et mon seigneur.» Le chevalier trempe ses lèvres dans la coupe et, la lui rendant : «Madame mon espouse et ma compaigne, dit-il, beuvez après moy. » Ailleurs, c'était le don d'un anneau et la constitution du douaire qui marquaient le consentement et solennisaient le mariage. « De cet anneau je t'espouse, disait le marié, de cet argent ton corps honore, mes aulmones et bienfaits te recommande (1) ».

Quoique les mariages célébrés devant l'Eglise devinssent chaque jour plus fréquents, à cause des pénalités canoniques prononcées contre les unions clandestines, cet état de choses se prolongea jusqu'au concile de Trente (2). Dans cette mémorable assemblée, la question de la clandestinité fut reprise, et la majorité des assistants reconnut qu'il fallait définitivement la trancher. Puisqu'une simple pénitence ecclésiastique était impuissante à prévenir les abus, on décida d'atteindre les unions secrètes par une peine plus grave, par la nullité. Ce n'était pas toucher à l'essence du sacrement, puisque la publicité était une circonstance accidentelle du mariage. La présence du curé de la paroisse ou d'un autre prêtre à ce

(1) *Chartæ nuptiales*, *op. cit.*, p. 9.

(2) Un arrêt du 4 février 1576 valida un mariage contracté ainsi par *paroles de présent*, sans bénédiction religieuse (Thevenaud, *Commentaire sur les ordonnances*).

autorisé fut désormais jugée indispensable à la validité de l'union, avec celle de deux ou trois témoins. Tout mariage contracté sans cette condition fut déclaré nul.

Mais la royauté, qui n'avait pas reçu en France les décrets du concile de Trente, éprouva un réel embarras à en faire observer les dispositions relatives à la discipline des mariages. Elle chercha à y suppléer par des ordonnances spéciales. Celle de Blois exigea que les unions fussent publiques, qu'elles fussent précédées de publications, que quatre témoins y assistassent et qu'on en tînt registre. L'édit de 1606 attribua aux juges ecclésiastiques le droit de prononcer la nullité des mariages qui n'auraient pas été célébrés devant l'Eglise et en la forme requise, selon les conciles tenus en 1583 à Tours, Reims et Bordeaux. La déclaration de 1639 ordonna que les futurs époux se présenteraient, assistés de quatre témoins, devant le curé qui recevrait leur consentement, et les unirait suivant la forme pratiquée en l'Eglise. Enfin, en mars 1697, Louis XIV confirma toutes ces ordonnances, « notamment, dit-il, celles qui regardent la *nécessité* de la présence du propre curé de ceux qui contractent. » Cette présence, à elle seule, ne fut plus suffisante. Ce ne fut pas assez que les parties se rendissent à l'église paroissiale et prissent leur pasteur à témoin qu'elles se choisissaient pour mari et pour femme. Il devint nécessaire qu'il leur donnât la bénédiction nuptiale. Le prêtre exerça un ministère actif et exclusif, non pour conférer le sacrement, qui s'administra par la déclaration de la volonté des futurs époux, mais pour accomplir et constater les solennités qui, d'après la loi, devaient accompagner le mariage.

§ 2. *Du prêtre compétent pour la célébration du mariage.*

Le prêtre compétent pour célébrer une union conjugale était le curé du lieu où les parties faisaient leur résidence habituelle, c'est-à-dire, celle où elles avaient établi leur

demeure principale, où elles payaient leurs impositions, où elles faisaient la communion pascale, où elles avaient coutume d'élire leur domicile dans les actes publics. En cas de changement de résidence, d'après l'édit de 1697, le curé du lieu de la dernière demeure n'était compétent que lorsque la partie y avait résidé six mois, si elle venait du même diocèse, ou un an, si elle sortait d'un diocèse étranger.

Lorsque les parties appartenaient à deux paroisses différentes, le curé de l'une d'elles ne pouvait valablement célébrer le mariage sans le concours et le consentement du curé de l'autre. La jurisprudence et les auteurs s'étaient d'abord prononcés contre cette solution (1); mais elle avait fini par triompher à la suite de célèbres débats portés devant le parlement de Paris (2).

Le curé compétent pour la célébration du mariage d'un mineur était celui de la résidence de ses père et mère, tuteur ou curateur, quand même le mineur avait une autre demeure particulière (3).

L'évêque pouvait célébrer un mariage dans son diocèse ou déléguer un prêtre à sa place. Le curé avait également le droit de délégation, soit pour un cas déterminé, soit pour un laps de temps illimité. Dans ce dernier cas, le prêtre commis était compétent, tant que sa commission n'était pas révoquée. Le vicaire d'une paroisse était réputé autorisé en prenant possession de son vicariat; il n'avait pas besoin d'une permission spéciale. Les autres prêtres, non munis d'une autorisation écrite de l'évêque ou du curé compétent, étaient incapables, même avant l'édit de 1697, de procéder à un mariage, à moins qu'ils

(1) Héricourt, *Lois ecclésiastiques*. ch. v; art. 30. Van-Espes; arrêt du parlement de Paris, du 30 mai 1707.

(2) Arrêts des 14 févr. 1713, 11 mars 1722, 22 juillet 1733, 21 février 1732, 18 juillet 1745, 1er févr. 1755.

(3) Edit de 1697.

ne fussent assistés du curé, dont la présence équivalait à une permission écrite (1).

Une union célébrée par un prêtre incompétent était radicalement nulle, sans préjudice des peines portées contre le célébrant (2) ; les édits de 1639 et de 1697 étaient sur ce point d'accord avec le concile de Trente. La présence du curé de la paroisse ou de son délégué était une solennité essentielle du mariage : le vice qui résultait de son défaut ne pouvait être couvert que par la réhabilitation, c'est-à-dire par une nouvelle célébration régulière, et les effets de cette nullité étaient applicables même au mariage d'un français célébré en pays étranger, lorsque la partie s'était déplacée dans le but de frauder la loi et d'en éluder les dispositions, à moins qu'il fût impossible d'agir autrement, par exemple, lorsqu'elle se trouvait dans un pays où l'exercice du culte catholique était interdit.

§ 3. *Présence des parties*

Il n'était pas indispensable que les futurs comparussent ensemble et en personne devant le ministre du culte. Ils étaient admis à se faire représenter par un procureur. Mais en ce cas le mariage n'était valide qu'à une triple condition : 1° que la procuration fût spéciale et désignât la personne que l'on devait épouser ; 2° que le fondé de pouvoir se présentât lui-même lors de la célébration, à moins d'avoir été formellement autorisé par une clause de

(1) V. pour la Bourgogne, au XIVe siècle, *Revue histor. du droit*, t. XIII, p. 567.

(2) Ces peines étaient, d'après l'édit de 1697, contre les curés et prêtres pourvus de bénéfices, la privation de trois années des revenus de leur cure ou bénéfice, à l'exception d'une somme réservée pour leur entretien, et le bannissement pendant neuf ans en cas de récidive ; contre les prêtres séculiers non bénéficiers, le bannissement pendant trois ans pour la première fois et pendant neuf pour la seconde ; contre les moines, la détention arbitraire dans un autre couvent de leur ordre.

son mandat à se substituer un tiers; 3° que le pouvoir n'eût pas été révoqué avant le mariage. L'union célébrée, même de bonne foi, depuis cette révocation ignorée du mandataire, était invalide. Chaque partie conservait le droit de rapporter sa procuration jusqu'à la bénédiction nuptiale. Du moment que cette révocation existait, même à l'insu du procureur, il n'y avait plus de consentement. Toutes ces conditions avaient été exigées par la décrétale de Boniface VIII, *de procuratione*, cap. fin. 6. Le mariage par procureur n'interdisait pas aux parties de renouveler la cérémonie de leur union, mais celle-ci avait sa perfection à partir de la célébration par procuration. C'est pourquoi la cohabitation était permise aux époux à dater de cette célébration et avant le renouvellement des solennités nuptiales par les parties elles-mêmes.

TITRE IV

DEMANDES EN NULLITÉ DU MARIAGE

—

L'ancien droit admettait comme une maxime constante que le mariage valablement contracté ne peut être cassé. Mais il admettait aussi qu'en cas de contestation sur la validité de ce mariage, il pouvait être déclaré nul, soit parce qu'il avait été contracté au mépris d'un empêchement dirimant, soit pour vice de forme essentielle. Il appartenait alors au juge de prononcer cette nullité.

CHAPITRE I

CAUSES DE NULLITÉ

J'ai déjà fait connaître les principales causes de nullité des mariages. Mais il importe de rappeler ici les vices de forme qui pouvaient entraîner cette nullité.

Le premier de tous était le défaut de publicité ou la clandestinité. L'union qui n'était pas contractée en face de l'Eglise ou qui n'avait pas été précédée de la publication des bans exigée par l'ordonnance de Blois était nulle. Toutefois, la publication des bans n'étant qu'un élément de publicité, son omission n'entraînait pas la nullité du mariage, si celui-ci avait été suffisamment public (1).

Le mariage *secret* ne devait pas être confondu avec le

(1) Héricourt, *Lois ecclésiastiques, du mariage*, art. 1 ; arrêts d'août 1638 et du 15 mars 1691.

mariage *clandestin*. On entendait par mariage *secret* celui que l'on avait tenu caché jusqu'à la mort des conjoints. La déclaration de 1639, art. 5, décidait que les enfants issus d'une union semblable étaient incapables de recueillir la succession de leurs parents, ainsi que leur postérité. Le mariage célébré en face de l'Eglise, par le curé des parties, en présence de quatre témoins, était valable, quoiqu'il eût été tenu secret, mais il était privé des effets civils ; il s'opposait à ce que les enfants recueillissent non seulement la succession de leurs père et mère, mais encore celles de leurs parents collatéraux, et à ce que la veuve bénéficiât de son douaire ou des autres avantages stipulés dans le contrat de mariage.

Le second vice de forme qui entraînait la nullité du mariage était la célébration par un prêtre incompétent.

Le troisième était l'absence ou l'insuffisance des témoins, qui devaient être au nombre de quatre, d'après la déclaration de 1639.

On distinguait deux sortes de vices : les vices *absolus* et les vices *relatifs* ou *respectifs*. Les premiers résultaient soit d'un défaut de forme, soit d'un empêchement dirimant qui se rencontrait dans les deux parties, comme la parenté ou l'alliance, ou dans l'une d'elles seulement, comme la profession religieuse. Ils pouvaient être opposés par toute personne intéressée et n'étaient pas susceptibles de se couvrir, à moins qu'il ne s'agît du défaut de puberté, cas auquel la nullité cessait lorsque l'époux atteignait l'âge requis pour le mariage. Les seconds résultaient de la violation du droit de l'une des parties, et ne pouvaient être invoqués que par la personne intéressée. Ainsi le mariage contracté sans le consentement des père et mère de l'un des futurs ne pouvait être attaqué que par l'ascendant dont le consentement n'avait pas été produit. Les vices de cette catégorie étaient en outre susceptibles de se couvrir par la ratification ou la renonciation de la

partie intéressée. L'impuissance, par exemple, ne pouvait être proposée après une longue cohabitation ou la naissance d'un enfant. L'impuissant lui-même n'était pas recevable à attaquer son mariage, lorsque l'autre partie ne se plaignait pas. Quand une union avait été contractée sans le consentement des personnes sous la puissance desquelles se trouvait l'un des époux, la majorité de 25 ans de cet époux couvrait la nullité qui résultait du défaut de ce consentement.

CHAPITRE II

PERSONNES QUI POUVAIENT FORMER LA DEMANDE DE NULLITÉ

La distinction qui précède indique suffisamment les personnes qui étaient recevables à poursuivre la cassation d'un mariage. Cependant il convient de revenir sur ce point avec quelques détails.

Outre les époux, certaines personnes étaient admises à former la demande de nullité. Ces personnes étaient :

1° *Les père et mère.* — Les père et mère d'un mineur qui s'était marié sans leur consentement, avaient qualité, comme nous l'avons vu plus haut, pour poursuivre la nullité du mariage, à moins qu'ils n'eussent, depuis, donné des marques publiques d'approbation, par exemple s'ils avaient été parrain ou marraine d'un enfant issu de l'union. Mais la bénédiction donnée à son lit de mort par un père à son fils ne pouvait être considérée comme une ratification suffisante (1). Le silence conservé par un père et une mère pendant la vie de leur enfant qui s'était marié

(1) Arrêt du 27 avril 1760.

sans leur assentiment, ne les empêchait pas d'attaquer le mariage après son décès (1).

2° *Les tuteurs.* — Le mariage contracté par un mineur sans le consentement de son tuteur était entaché du vice de séduction et pouvait être attaqué par le tuteur, pourvu néanmoins que le mariage ait été désavantageux au mineur en le plaçant dans une condition inférieure et qu'il ait été contracté à l'aide de la surprise.

3° *Les parents collatéraux.* — A l'égard des parents collatéraux, une distinction était nécessaire. Tant que les deux parties existaient, les collatéraux ne pouvaient attaquer leur mariage. Ils n'avaient en effet aucun intérêt actuel à en faire prononcer la nullité. Mais, après le décès de l'une des parties, les collatéraux de cette partie étaient recevables à poursuivre la nullité, par exemple pour être admis à recueillir sa succession au préjudice des enfants laissés par le défunt, ou pour faire refuser le douaire à sa veuve.

Il fallait en outre distinguer si le vice dont se prévalaient les collatéraux était absolu ou relatif. Dans le premier cas ils étaient recevables à l'invoquer ; ils ne l'étaient pas dans le second. Ainsi, ils ne pouvaient se fonder sur la séduction, sur le défaut de consentement des père et mère pour faire annuler le mariage (2). De plus, même lorsqu'il s'agissait d'un vice absolu, leur demande, suspecte en général, n'était accueillie que très difficilement, à moins d'un intérêt d'ordre public, toujours préférable à l'intérêt particulier. Mais on ne pouvait leur opposer comme fin de non recevoir l'approbation qu'ils auraient donnée au mariage pendant son existence. En effet, ils n'étaient présumés avoir renoncé à leur droit que lorsque celui-ci était ouvert, ce qui n'avait lieu qu'après la mort de leur parent.

(1) Arrêt du 4 septembre 1723.

(2) Arrêt du parlement de Rouen, du 9 juill. 1753.

4° *Autres personnes intéressées*. — Toute personne ayant un intérêt né et actuel à attaquer un mariage était recevable à en provoquer la nullité. On ne considérait pas comme telle le curé des parties, sans l'autorisation de qui un prêtre étranger les avait unies, car il n'exerçait pas un droit de juridiction sur ses paroissiens en les mariant, et n'éprouvait nul préjudice matériel si l'on omettait de solliciter sa permission.

5° *La partie publique*. — Les procureurs du roi et les procureurs fiscaux des seigneurs avaient qualité pour poursuivre la nullité des mariages entachés d'un vice public et qui faisait scandale. La déclaration du 15 juin 1697 attribua aux promoteurs des officialités le droit de provoquer la réhabilitation des mariages entachés d'un vice de forme, lorsque les procureurs du roi ou les parties intéressées gardaient le silence. Elle leur permit d'assigner les époux devant les évêques pour les contraindre à représenter l'acte de célébration de leur mariage et à faire réhabiliter leur union, si celle-ci n'était pas jugée régulière. Mais pour que l'action des promoteurs fût recevable, il fallait qu'il s'agît d'un mariage célébré par un prêtre étranger, sans la permission de l'ordinaire ; que les parties intéressées ou le procureur du roi n'aient pas déjà déféré les époux à un juge royal ; que le promoteur citât ces époux dans l'année de la célébration du prétendu mariage et qu'il ait obtenu de l'évêque la permission de les assigner.

Quand un homme et une femme vivaient publiquement comme époux sans être régulièrement mariés, le procureur du roi les déférait, sur la dénonciation de l'autorité ecclésiastique, ou même sans dénonciation, au juge séculier qui leur enjoignait de se séparer jusqu'à la célébration de leur mariage devant l'Eglise, et qui pouvait leur infliger une amende. L'évêque leur imposait en outre une pénitence.

CHAPITRE III

AUTORITÉ COMPÉTENTE POUR PRONONCER LA NULLITÉ

Deux voies étaient ouvertes pour obtenir la cassation d'un mariage, l'*ordinaire* et l'*extraordinaire*. La première était l'assignation devant le juge d'Eglise, qui avait la connaissance des causes concernant les mariages, à la charge de se conformer aux ordonnances royales sur ce sujet (1). La seconde était l'assignation devant le juge civil; elle était ainsi appelée parce qu'on n'arrivait à la cassation du mariage que par une voie indirecte. Une partie pouvait interjeter un appel comme d'abus, devant la grand'chambre du parlement, contre les procédures faites par le juge ecclésiastique, lorsqu'elles étaient contraires aux ordonnances ou canons. Elle pouvait également appeler comme d'abus de la célébration du mariage, quand elle prétendait qu'il y avait eu violation d'une loi civile ou ecclésiastique.

Il y avait donc deux autorités compétentes pour prononcer la nullité d'un mariage. Quand la partie poursuivait directement cette nullité, elle saisissait l'official. Quand elle la poursuivait indirectement, comme un moyen dans un procès qui avait un autre objet, le juge séculier devenait compétent. Mais il fallait distinguer entre les parties. Si le mariage était attaqué par l'un des conjoints ou par une personne qui se prétendait déjà mariée à l'un d'eux, le juge d'Eglise avait seul compétence. Il pouvait même, dans le premier état du droit coutumier, statuer d'office, sans l'intervention d'une partie. Au XVII[e] siècle seulement, le 16 janvier 1673, le parlement de Paris décida

(1) Edit de décembre 1606, art. 12; édit de 1695, art. 34.

que l'official ne pouvait annuler un mariage sans être saisi par une partie. Quand un père, une mère, un tuteur attaquait un mariage parce qu'il avait été contracté sans son consentement, il devait recourir à la voie d'appel comme d'abus et en conséquence porter son action devant le parlement. Quand un collatéral demandait la nullité d'une union, après le décès de l'époux, son parent, pour exclure les enfants de sa succession ou la veuve de son douaire, il devait également, puisqu'il ne s'agissait que d'intérêts temporels, saisir par l'appel comme d'abus le juge séculier. Celui-ci était enfin seul compétent, d'après la déclaration du 15 juin 1697, pour statuer sur la demande d'une partie qui poursuivait non la cassation de son mariage, mais la constatation de sa non existence, de son défaut de célébration, ou qui formait une demande accessoire à l'action en nullité. Le juge ecclésiastique ne pouvait statuer que sur la validité ou l'invalidité du mariage; il devait renvoyer les questions de dommages-intérêts au juge royal.

Les preuves admises pour établir l'existence des empêchements constituant une nullité étaient les preuves littérales et testimoniales. Les premières étaient nécessaires pour les empêchements résultant de la parenté, de l'affinité, de l'existence d'un précédent mariage, de la profession religieuse, de l'engagement dans les ordres sacrés. L'aveu, le serment même de la partie n'était pas suffisant pour constater un empêchement dirimant. Ajoutons que l'on pouvait appeler de l'officialité diocésaine à l'officialité métropolitaine et de celle-ci à l'officialité du primat des Gaules. L'appel comme d'abus ne comportait au contraire qu'un degré de juridiction. L'arrêt du parlement était inattaquable, dès qu'il était rendu, à moins que de nouvelles preuves, survenues depuis, ne démontrassent que l'empêchement admis ne subsistait pas.

CHAPITRE IV

DU MARIAGE PUTATIF

Un mariage pouvait être annulé et cependant produire des effets civils, tant au profit des enfants qu'au profit de l'époux de bonne foi; il avait à leur égard les mêmes conséquences que s'il avait été valablement contracté. On lui donnait en ce cas le nom de *mariage putatif*. Les enfants nés de cette union étaient réputés légitimes, même vis-à-vis celui des conjoints qui avait été de bonne foi, et ils pouvaient recueillir sa succession. L'époux trompé pouvait poursuivre l'exécution des conventions matrimoniales contre son conjoint qui l'avait fait tomber dans l'erreur et contre ses héritiers. Ceux-ci n'étaient pas fondés à lui opposer la nullité du mariage, qui procédait du fait de leur auteur.

Il en était de même dans le cas où le mariage avait été contracté par suite de l'ignorance d'une condamnation qui privait l'un des époux de ses droits civils. Les enfants étaient légitimes et pouvaient succéder à celui de leurs parents qui avait été de bonne foi. Mais ils ne pouvaient recueillir les biens du condamné qui étaient dévolus au fisc, ni jouir des droits de famille dans la famille de l'ascendant privé de son état civil, puisqu'ils étaient nés postérieurement à la condamnation qui l'en avait dépouillé.

Un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, ne pouvait légitimer les enfants issus de la cohabitation illicite de leurs parents avant leur union, parce qu'alors les parties n'ignoraient point qu'elles se livraient à des relations coupables.

En revanche, certains mariages canoniquement contractés ne produisaient aucun effet civil, bien que les parties

fussent régulièrement unies. Il en était ainsi, comme je l'ai dit plus haut, pour les mariages secrets, d'après la déclaration du 26 novembre 1639. Cette déclaration avait aussi, dans son art. 6, privé d'effets civils les mariages contractés *in extremis* entre deux personnes qui avaient vécu ensemble dans un commerce irrégulier, et l'art. 8 de l'édit de mars 1697 avait confirmé cette disposition en l'étendant aux mariages des femmes célébrés *in extremis* comme à ceux des hommes qui étaient seuls prévus par la déclaration de 1639. Pour attaquer une union de cette nature, il fallait donc prouver deux choses : 1° qu'elle avait été célébrée *in extremis* ; 2° qu'elle avait été précédée par des relations illégitimes. Mais on ne considérait pas comme *in extremis* un mariage contracté au lit de mort, si la personne qui s'était ainsi mariée avait fait, en état de santé, de vains efforts pour épouser son conjoint et si elle en avait été empêchée jusqu'au dernier moment par des circonstances indépendantes de sa volonté (1).

Les mariages contractés par des condamnés à mort ne produisaient aucun effet civil. Les enfants qui en étaient issus, quoique non réputés bâtards, étaient incapables de recueillir la succession des condamnés (2). Ceux-ci en effet, étant considérés comme n'existant plus, ne pouvaient transmettre aucun droit à leur postérité, à moins qu'ils ne fussent reintégrés dans leur état civil selon les formes prescrites par les ordonnances.

(1) Arrêt du parlement de Rouen, du 29 juillet 1717.
(2) Déclaration de 1639, art. 7.

TITRE V

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

Le mariage légitimement contracté, célébré et consommé, ne pouvait, dans l'ancien droit, être dissous que par la mort naturelle de l'un des époux. Tant qu'ils existaient l'un et l'autre, il était indissoluble. La mort civile elle-même ne rompait pas le lien conjugal; elle entraînait seulemeut la dissolution de la communauté. Le droit coutumier s'écartait à cet égard tant du droit romain que du droit barbare. A Rome, en effet, le mariage était réputé dissous soit par l'esclavage de l'un des conjoints, soit par le divorce, considéré comme une conséquence, quelques-uns disaient un correctif de l'union conjugale, eût-elle été contractée par la vieille et solennelle *confarreatio* (1). Malgré le Christianisme qui condamnait le divorce et retranchait de la communion des fidèles l'époux divorcé, dont le second mariage était un adultère aux yeux de l'Eglise (2), les empereurs chrétiens n'avaient pas cru pouvoir interdire absolument ce dernier mode de dissolution, et s'étaient bornés à en restreindre l'application à certains cas déterminés.

Chez les Barbares, le divorce était permis sans condition, mais on le distinguait de la répudiation, permise au mari seul et, après leur conversion à l'Evangile, pour certaines causes seulement, comme l'adultère (3). — Sous

(1) V. sur la cérémonie religieuse qui rompait en ce cas la *confarreatio*, Festus, v° *diffarreatio*, et Plutarque, *Quest. rom.*, 50.

(2) *Conciles* du P. Labbe, t. II, p. 1254.

(3) *Lois* d'Æthelbert, 32, 76, 78, 79; *Lex Burgund.*, XXXIV, 2. Quand le mari renvoyait sa femme sans motif, il devait lui céder sa demeure avec toute sa fortune et la garde de ses enfants (Id., XXXIV, 4). La même loi condamnait à être étouffée dans du fumier la femme qui abandonnait son époux (Id., XXXIV, 1).

les capitulaires, le mari pouvait aussi répudier sa femme adultère, et le divorce était autorisé lorsque les deux époux se séparaient pour embrasser la vie religieuse.

Le droit des décrétales admit au contraire le principe de l'indissolubilité du mariage, même en cas d'adultère, et le concile de Trente le maintint comme une règle dans l'Eglise latine, contrairement à la doctrine professée par l'Eglise grecque en ce dernier cas.

Toutefois, la question de savoir si le mari ne pouvait répudier sa femme pour violation de la foi conjugale souleva tout d'abord de grandes hésitations. Le grand concile d'Arles, tenu en 352, ne l'avait pas résolue. Celui d'Elvire, de 305, laissait douter si la femme d'un mari adultère n'avait pas elle-même le droit de recourir au divorce. Tertullien, Saint-Epiphane, Astérius, évêque d'Amasée au IVe siècle, admettaient la dissolution du mariage pour cause d'infidélité de l'un des époux. Mais Saint-Augustin combattit énergiquement cette opinion et le 102e des canons de l'Eglise d'Afrique, qui lui est attribué, interdit le divorce sans exception. A partir de ce moment, l'indissolubilité absolue du lien conjugal ne rencontra plus de contradicteurs en Occident, quoique le synode de Soissons permit encore en 774 au mari la répudiation pour cause d'adultère. Bède, Hincmar, Paschase Ratbert, Yves de Chartres, le décret de Gratien, les papes Alexandre III et Eugène IV enseignèrent que l'adultère pouvait donner lieu à la séparation d'habitation, mais ne dissolvait pas le mariage, et les pères du concile de Trente auraient frappé d'anathème les partisans de la doctrine contraire, si les ambassadeurs Vénitiens ne leur avaient représenté que l'Eglise grecque admettait l'adultère de la femme comme une cause de dissolution de l'union et qu'il convenait de ne point condamner les fidèles de ce rite sans les avoir entendus. Le concile se borna donc à prononcer

l'anathème contre ceux qui se permettraient de censurer la discipline de l'Eglise latine sur ce point (1).

L'hérésie pouvait-elle dissoudre le mariage? Un infidèle, un hérétique qui rentrait dans la foi catholique pouvait-il rompre les liens qui l'unissaient à son époux demeuré dans l'hétérodoxie? La question était controversée. On invoquait pour l'affirmative la première épître de Saint-Paul aux Corinthiens, le texte controuvé d'un canon attribué à Saint-Grégoire et une décision du pape Innocent III qui, distinguant le mariage contracté par des fidèles, dont l'un a ensuite apostasié, de celui qui unit les infidèles dont l'un a depuis embrassé la foi chrétienne, prononçait l'indissolubilité du premier, tandis qu'elle autorisait la rupture du second, si le conjoint demeuré dans l'erreur refusait de vivre avec son époux converti (2). Le parlement de Paris décida néanmoins, le 2 janvier 1748, que le juif devenu chrétien ne pouvait se remarier pendant la vie de sa femme restée fidèle à la loi de Moïse, quels que fussent à cet égard les usages suivis en Alsace. Cette décision était conforme à la tradition de l'Eglise. Tertullien, Saint-Chrysostôme, Saint-Augustin, le pape Innocent 1er enseignaient que le principe de l'indissolubilité s'appliquait à toutes les unions, à celles des infidèles comme à celles des chrétiens, et leur doctrine fut soutenue par le cardinal Cajetan au concile de Trente, qui évita, par prudence, de se prononcer.

Les capitulaires avaient prévu un seul cas de divorce : c'était celui où les époux se séparaient pour embrasser la vie religieuse. L'Eglise repoussait cette doctrine empruntée

(1) *Conc. Trident.*, sess. 24, can. 7. L'infidélité de la femme ne provoquait pas seulement la séparation *quoad thorum et mensam*; elle lui faisait perdre les libéralités faites à l'occasion de son mariage (Cap. 4, x, *de donat. inter vir. et uxor.* 4, 20).

(2) Décret de Gratien, ch. *quanto*, extr. *de divort.* V. aussi le traité *de Synodo diocesana* du pape Benoît XIV.

au droit de Justinien. Elle n'interdisait pas sans doute aux conjoints de se séparer pour vivre en état de continence, pourvu qu'ils s'imposassent cette loi à l'un et à l'autre et qu'ils entrassent au couvent, à moins d'avoir atteint un âge assez avancé pour que leur chasteté parût certaine; mais elle ne rompait pas le lien matrimonial qui subsistait toujours (1). On ne pouvait conférer l'épiscopat ou la prêtrise à un homme marié, si sa femme ne faisait préalablement profession religieuse, ou si elle n'avait été déjà condamnée pour adultère (2). La profession religieuse ne brisait pas à proprement parler le mariage ; elle s'opposait seulement à ce que les parties en remplissent les devoirs.

A la fin du XII[e] siècle, le droit canonique adopta sur ce point une autre jurisprudence ; il distingua entre le mariage consenti, *matrimonium ratum*, et le mariage consommé, *matrimonium consummatum*. L'indissolubilité ne s'appliqua qu'au dernier. Quant à l'autre, il put être résolu par l'entrée de l'un des époux dans un monastère approuvé, pourvu que celui-ci y fît des vœux solennels et abdiquât entièrement la vie civile ; la simple prise d'habit n'était pas suffisante. Ce fut le pape Alexandre III qui proclama le premier cette distinction, empruntée d'ailleurs au décret de Gratien (3). Innocent III la reproduisit au XIII[e] siècle et depuis cette époque elle a continué d'être enseignée par l'Eglise (4).

(1) Décis. d'Alexandre III, extr., *de convers. conjug.*, c. 1, 4, 8 V. St-Augustin et le pape St-Grégoire.

(2) Extr., *eod. tit.*, c. 15.

(3) Un traité *de matrimonio* du XII[e] siècle cite l'entrée en religion parmi les huit causes d'invalidation de l'union conjugale (Sohm, *das Recht des Ehestiftung*, p. 116). V. aussi Glasson, *Traité sur le consentement du mariage*, p. 89.

(4) *Concil. Trident.*, sess. 24, can. 6. — La réception des ordres n'emportant pas un entier renoncement au monde, bien qu'elle impliquât le vœu de continence, n'avait pas, on l'a déjà vu, pour effet de dissoudre le mariage, même non consommé.

En proclamant ainsi l'indissolubilité du lien conjugal, lorsque les deux époux avaient pris possession l'un de l'autre, l'Eglise catholique, qui avait déjà combattu l'idée de vente attachée par les Barbares au mariage, avait, la première, rendu hommage à la dignité de l'union de l'homme et de la femme. Elle ne cessait pas pour cela de reconnaître, au point de vue purement spirituel, la supériorité du célibat sur le mariage, doctrine qu'enseignait déjà, sous l'ancien Testament, l'école des Esséens (1). Mais, dans la société, elle n'admettait pas d'autre base de la famille que le mariage, et pour que cette base fût à la fois plus inébranlable et plus respectée, elle proclamait ce précepte admirable, qui suffisait à lui seul à placer sa législation au-dessus des lois antiques; *l'homme ne peut rompre ce que Dieu a une fois uni*. En cela, elle s'est montrée plus sage que les Eglises dissidentes qui autorisent le divorce, au moins pour causes déterminées; elle n'a entendu sacrifier à la liberté ou aux passions de l'homme ni la mortalité des peuples, ni l'honneur des familles, ni l'avenir des enfants. Elle protège la femme elle-même, car si la faculté du divorce peut, comme on l'a prétendu, accroître son indépendance, n'accroit-elle pas plus encore l'insolence et l'oppression du mari?

(1) Mayer, *die Rechte der Israeliten*, § 218.

TITRE VI

DE LA SÉPARATION D'HABITATION

L'indissolubilité du mariage avait pour correctif, lorsque les époux ne pouvaient vivre ensemble, la séparation d'habitation qui les déchargeait de la vie commune, sans rompre leurs liens légaux.

§ 1. *Causes qui pouvaient motiver la séparation*

Dans aucun cas, la séparation ne pouvait avoir lieu par la seule volonté des époux; elle devait être prononcée par la justice. L'ancien droit n'avait ni précisé, ni limité les cas qui y donnaient naissance. Toutefois, il convenait de distinguer entre la séparation demandée par le mari et celle qui était poursuivie par la femme.

Le mari pouvait l'obtenir pour cause d'adultère de sa conjointe; mais lui seul était recevable à faire déclarer celle-ci coupable d'infidélité. Ses héritiers n'étaient pas admis à intenter une poursuite contre sa veuve; ils ne pouvaient que continuer l'action introduite par lui-même de son vivant. Par suite, en cas de désistement ou de pardon par le mari, il leur était interdit de reprendre la procédure. Le silence de l'offensé formait obstacle à toute action du ministère public, si ce n'est lorsque le mari était le complice avéré de l'inconduite de sa femme.

Quant à celle-ci, elle ne pouvait invoquer l'adultère de son conjoint pour demander la séparation, bien que l'entretien par le mari d'une concubine dans la maison conjugale fût, d'après le droit romain, une cause de divorce. Cette faute n'était pas considérée comme assez grave pour

motiver la cessation de la vie commune (1). Comme dans notre droit actuel, la femme n'était recevable à poursuivre la séparation qu'en cas d'excès, de sévices ou d'injures graves, pour l'appréciation desquels on avait égard à la condition des époux. Le refus de lui fournir les choses nécessaires à son existence, l'accusation capitale portée calomnieusement par le mari contre elle, la profession ouverte d'hérésie étaient aussi de justes motifs de séparation, celle-ci à cause du danger que courait la foi de la femme obligée de cohabiter avec son mari. Mais ni les infirmités, ni les difformités, ni les maladies contagieuses, ni l'aliénation mentale n'autorisaient une demande de séparation. En ce dernier cas seulement, on pouvait provoquer l'interdiction de l'aliéné.

§ 2. *Comment s'obtenait la séparation*

A l'origine, la séparation, qui ne pouvait jamais avoir lieu à l'amiable, était prononcée par le juge ecclésiastique; puis les parties se présentaient devant le juge civil pour faire régler toutes les questions accessoires et les conséquences de la décision rendue. Sur la requête du demandeur, le juge d'Eglise l'autorisait, s'il y avait lieu, à faire la preuve des faits allégués et permettait à la femme de se retirer pendant l'instance dans un lieu déterminé, avec une provision fixée par le tribunal séculier. Pour éviter toute collusion, la preuve devait être ordonnée, si les faits paraissaient pertinents, malgré l'aveu de la partie adverse.

Mais, dans le dernier état de la jurisprudence, on re-

(1) Ferrière, sur l'art. 224 de la cout. de Paris. Saint-Jérôme avait à cet égard une doctrine plus pure et plus équitable. « Ce qui n'est pas permis à la femme, disait-il, ne doit pas l'être non plus au mari : ils ont l'un et l'autre la même servitude, c'est-à-dire les mêmes devoirs. *Apud nos, quod non licet fœminis, æque non licet viris et eadem servitus pari conditione censetur* (*Opera*, t. I, col. 455.).

connut que le tribunal ecclésiastique ne pouvait statuer que sur la validité ou l'invalidité du lien conjugal et que la demande en séparation ne mettant pas en cause cette validité, l'official était incompétent pour en connaître. Le juge civil du lieu du domicile du défendeur put donc seul être saisi et accueillir ou repousser la demande. Quelquefois, en la repoussant, il accordait à la femme un délai pour réintégrer le domicile conjugal, afin de laisser au moins le temps de calmer l'irritation provoquée par l'instance.

§ 3. *Effets de la séparation*

Le jugement de séparation avait des effets différents selon qu'il était prononcé contre le mari ou contre la femme.

Dans le premier cas, l'épouse était déchargée de l'obligation de résider avec son époux et pouvait fixer son domicile là où il lui plaisait. La séparation d'habitation emportant la séparation de biens, la femme pouvait poursuivre la restitution de sa dot et le mari était dépouillé de son droit d'administration sur les biens de sa femme. La communauté était dissoute. La garde des enfants était confiée à la mère. Mais, comme le lien conjugal n'était pas rompu, l'époux conservait une part de sa puissance maritale; ainsi, la femme avait besoin de son autorisation pour aliéner ses immeubles, ou, à défaut, de celle du juge. Elle était d'ailleurs libre de faire cesser les effets de la séparation en retournant volontairement près de son mari, et, dans ce cas, la communauté de biens était rétablie de plein droit. Tout ce qui avait été acquis pendant la durée de la séparation par l'un et l'autre des époux y retombait, comme s'ils n'avaient jamais été séparés. Seuls, les actes que la femme avait le pouvoir de faire pendant cette séparation subsistaient après la réconciliation.

Quant aux effets de la sentence de séparation rendue

contre la femme, ils ont été déjà indiqués en partie. La femme perdait son droit à la communauté, au douaire et à la restitution de sa dot. Elle était enfermée dans un couvent, et si le mari ne consentait pas à la reprendre au bout de deux ans, elle était rasée, voilée et condamnée à rester dans le cloître jusqu'à la fin de ses jours, à moins que, son mari étant décédé, elle ne trouvât à contracter une seconde union.

TITRE VII

DES EFFETS CIVILS DU MARIAGE

Obligations personnelles respectives d'un époux vis-à-vis de l'autre, droits et obligations à l'égard des enfants issus de l'union, enfin droits et obligations à l'égard des biens des époux, tels étaient les nombreux effets civils du mariage. Nous ne nous proposons d'examiner ici que ceux qui concernaient les personnes, en remettant au livre III l'étude de la puissance maritale et paternelle.

§ 1. *Des obligations des époux entre eux*

De toutes les obligations imposées par le mariage aux époux, la principale était celle de vivre ensemble dans une union perpétuelle et inviolable pendant tout le temps que durait l'union. Le mari était tenu de recevoir sa femme chez lui et de lui fournir tout ce qui était nécessaire aux besoins de son existence, conformément à ses facultés et à son état. S'il ne remplissait pas cette obligation, l'épouse avait une action contre lui pour l'y contraindre et, sur son refus, elle pouvait demander la séparation d'habitation. La femme contractait en se mariant l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il lui convenait d'établir sa demeure, pourvu que ce ne fût pas hors du royaume, cas auquel elle eût été déchue de sa qualité de Française, d'après l'édit de 1639. Le mari avait contre sa femme une action pour l'obliger à réintégrer le domicile conjugal, lorsqu'elle l'avait quitté, ou pour contraindre les personnes chez lesquelles elle s'était réfugiée à la lui renvoyer.

Il est presque inutile d'ajouter que les époux étaient

astreints à une fidélité réciproque, que le mari devait protection à sa femme et celle-ci soumission à son mari.

§ 2 *Des obligations des époux envers leurs enfants et de ceux-ci envers leurs parents*

En se mariant, les époux contractaient l'obligation d'élever et de nourrir les enfants nés de leur union, et de les mettre en état, par une éducation convenable, de pourvoir eux-mêmes à leur subsistance. Le ministère public était chargé de veiller à ce que ce devoir fût accompli et de provoquer, de la part du juge, sur la dénonciation des parents, les mesures nécessaires pour que les enfants fussent convenablement élevés et entretenus, par exemple, à l'aide d'une pension que les père et mère devaient payer, s'il y avait danger à laisser les enfants chez eux (1).

Cette obligation de fournir les aliments indispensables aux enfants issus du mariage était une charge de la communauté. S'il y avait séparation de biens, chacun des époux devait y contribuer pour moitié, à moins que l'un d'eux fût seul en état d'y pourvoir. Elle s'étendait aux petits-enfants, mais dans le cas seulement où ceux-ci n'avaient ni père ni mère qui pussent subvenir à leurs besoins. Elle cessait lorsque l'enfant était parvenu à un âge suffisant pour lui permettre de gagner lui-même sa vie. Si toutefois il tombait plus tard dans l'indigence, le père ou la mère pouvait être condamné à lui donner des aliments, alors même qu'il lui aurait précédemment fourni une dot, depuis dissipée. Au surplus, les parents n'étaient pas tenus civilement de fournir à leurs enfants un établissement ou de les doter en les mariant. « Ne

(1) Dans certaines provinces, en Brie, en Champagne, en Bourgogne, en Lorraine, on donnait le nom de *bail à nourriture de mineurs* à la convention par laquelle le père chargeait un tiers de nourrir et entretenir son enfant mineur, moyennant une certaine somme d'argent.

dote qui ne veut » était une maxime généralement reçue dans les pays coutumiers. Dans les pays de droit écrit, au contraire, on estimait qu'il était du devoir du père de doter sa fille : *paternum esse officium... dotem dare.*

De leur côté, les enfants devaient non-seulement aimer et révérer leurs parents, mais les assister dans leurs besoins et les recevoir chez eux, s'ils n'avaient pas assez de fortune pour leur fournir des secours pécuniaires. Les père et mère indigents et hors d'état de pourvoir par leur travail à leur subsistance, avaient, à cet effet, une action contre eux pour les faire condamner à leur donner des aliments, conformément à la loi romaine, si leurs descendants étaient eux-mêmes en état de les aider. Cette dette était solidaire entre tous les enfants, sauf leur recours entre eux, lorsqu'ils avaient le moyen de payer la pension alimentaire en totalité (1). Dans le cas contraire, ils n'étaient tenus de cette pension que jusqu'à concurrence de leurs ressources. Quand ils ne pouvaient acquitter la pension, ils étaient obligés de recevoir, chacun à tour de rôle, leur ascendant à leur foyer, en commençant par l'aîné. L'absence de dot ne faisait pas obstacle à l'accomplissement de ce devoir, qui était une obligation naturelle, indépendante de toute libéralité. Elle s'étendait aux aïeuls, bisaïeuls et autres parents de la ligne directe ascendante, mais subsidiairement, c'est-à-dire seulement dans le cas où les descendants les plus rapprochés ne pouvaient plus, par décès ou par indigence, l'acquitter eux-mêmes. Du reste, elle était bornée aux aliments et ne comprenait pas les dettes.

L'obligation de subvenir à l'existence de leurs enfants atteignait aussi bien les père et mère naturels que les

(1) On ne vit pas en effet pour partie, disait Pothier. Cependant le parlement de Paris semblait exclure la solidarité. Cette jurisprudence était ailleurs repoussée. (Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 41.)

légitimes, mais sans s'étendre aux autres ascendants (1). Quand le père n'était pas connu, c'était la mère qui demeurait chargée de nourrir l'enfant et de lui faire apprendre un métier.

De son côté, le bâtard était obligé, quand il en avait le moyen, de subvenir aux besoins de ses père et mère indigents, mais à défaut seulement d'enfants légitimes. Si l'ascendant avait, outre sa postérité naturelle, des fils ou des filles, nés d'un mariage, qui fussent en état de le nourrir, le bâtard était déchargé de toute obligation.

(1) Arrêts du parlement de Paris, des 27 avril 1614, 18 juillet 1622 et 5 août 1689.

LIVRE III

DES PERSONNES PLACÉES SOUS LA PUISSANCE OU LA GARDE D'AUTRUI

—

TITRE I

DE LA PUISSANCE MARITALE

L'ancien droit romain avait attribué à l'époux un pouvoir immense sur la personne de l'épouse. Ce pouvoir était une prolongation artificielle de la puissance paternelle. Le mari l'acquérait moins comme *mari* que comme *père*. De même, en Gaule, si l'on en croit César, il avait droit de vie et de mort sur sa femme. Chez les Germains, au contraire, bien que celle-ci fût achetée par lui, elle ne tombait pas en sa puissance absolue. Elle était seulement placée sous sa mainbournie, qui réfléchissait à la fois une idée de propriété et surtout une idée de protection. Du *mundium* de son père, elle passait sous celui de son mari. Quand elle devenait veuve, elle retombait sous celui de ses parents ou même de ceux de son époux.

Les coutumes s'étaient beaucoup plus rapprochées du droit germanique que du vieux droit romain à cet égard. Elles admettaient généralement que le mariage émancipait la femme, et qu'elle sortait de la puissance de son père ou de son aïeul pour entrer sous celle de son mari, qui reçut ainsi les pouvoirs attribués auparavant aux parents mâles de la jeune fille. Les coutumes du Poitou,

art. 226 et 227, d'Auxerre, art. 207, de Tours, art. 232, de Bretagne, art. 448, de Melun, art. 212, de Paris, art. 223, 224, du Bourbonnais, art. 166, d'Anjou, art. 510, du Nivernais, ch. 29, art. 1, d'Angoumois, art. 93 et 99, d'Auvergne, ch. 14, art. 1, de Troyes, art. 80, et plusieurs autres avaient adopté cette règle, formulée par celle du duché de Bourgogne en ces termes : « Femme, soit qu'elle ait ou père ou aïeul paternel ou non, après la consummation du mariage, demeure en la puissance de son mary.» On retrouve le même principe dans l'ancien coutumier de Normandie et dans le *Grand coutumier de France*, livre II, ch. 27 (1).

La règle ne s'entendait au surplus que des femmes franches, car la serve, surtout lorsqu'elle était mariée sans le consentement de son seigneur, était plutôt sous la puissance de celui-ci que sous celle de son époux (2).

§ I. *Incapacités absolues de la femme mariée*

La féodalité qui a traversé diverses phases et qui, de militaire qu'elle fut d'abord, se transforma peu à peu en institution civile, a également réagi sur la condition de la femme dans les sens les plus divers. Ces variations ont été la conséquence naturelle du principe auquel elle obéissait : le droit de souveraineté ne pouvait, à ses yeux, être séparé du droit de propriété ; les droits civils étaient les accessoires obligés des droits publics.

Aussi, tant que la femme fut privée des uns, elle dut par cela même être dépouillée des autres. Mais, par réci-

(1) Cependant Faber déclarait au XIV[e] siècle que la femme ne cessait pas par le mariage de demeurer sous la puissance paternelle. «*De consuetudine regni Franciæ transit in potestatem viri, nec tamen eam eximit à potestate patris.*» (*ad tit. Instit. de senat. Tertulliano, n° 2.*) V. aussi d'Argentré sur l'ancienne coutume de Bretagne, art. 223, gl 4, et art. 427.

(2) Pennafort, *in Summa*, liv. 4, tit. *de sponsalibus* ; Zabarella, n° 5 ; St-Thomas, 4, *Sententiar. distinct.* 36, quæst. 1, art. 2.

procité, quand elle parvint à conquérir l'exercice d'une part de souveraineté, lorsqu'elle fut admise à une certaine capacité politique, elle dut logiquement acquérir une certaine capacité civile. Dès qu'elle put jouir elle-même de son fief, elle obtint des prérogatives qui lui avaient été refusées jusqu'alors. On lui reconnut ainsi le droit de recevoir l'hommage de ses vassaux, d'exercer la tutelle, de signer des traités ; ou la dégagea, sauf quelques exceptions locales, du *mundium* de ses proches ; la fille majeure et la veuve eurent le libre accès des tribunaux; elles purent comparaître pour autrui et témoigner en justice (1); elles purent être choisies pour arbitres et rendre des décisions obligatoires, « avoir juridiction, procuration et avocation (2) ; » elles eurent la faculté de se porter cautions (3) et furent admises à siéger dans les cours féodales ; en un mot, elles furent véritablement émancipées et n'obéirent qu'à elles seules; une protection légale ne prétendit plus assurer leur sécurité au prix de leur indépendance.

Mais si les changements opérés au sein du régime féodal produisirent cette grande révolution dans la capacité des femmes qui n'étaient pas engagées dans les liens du mariage, ils n'altérèrent nullement le principe de la puissance maritale, et les juristes coutumiers furent d'accord avec les canonistes pour refuser aux femmes mariées l'indépendance qu'elles avaient fini par conquérir, grâce aux mœurs relâchées de la décadence païenne, dans le droit romain moyen. Ils les maintinrent étroitement sous la subordination et la protection des maris, non seulement

(1) Lettre de Charles VI, de 1394, *Ordonn.*, t. XII, p. 185 ; Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, XXXIX, 54. La pratique contraire est déclarée pernicieuse et dépourvue de sens commun.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 273.

(3) Beaumanoir, *op. cit.*, XLIII, 14, 22, 26-28 ; *Cout.* de St-Quentin, art. 20.

quant à leurs personnes, mais aussi quant à leurs biens. Leur incapacité commence avec l'union conjugale, et ne prend fin qu'avec elle. Cette incapacité, d'après l'ancien droit, découle-t-elle de l'infériorité naturelle de la femme? Non, évidemment, puisque la fille et la veuve sont émancipées. Les jurisconsultes du moyen-âge se plaisent, il est vrai, à invoquer sans cesse la faiblesse et l'inexpérience du sexe féminin ; ils énumèrent avec une visible complaisance les textes des lois romaines qui accusent la mobilité de sa volonté, son esprit de dissimulation, de ruse et son goût pour la contradiction ; ils iront même jusqu'à dire, comme Tiraqueau et le *Songe du Vergier*, que la femme est « une beste haineuse et nourrissante de mauvaiseté», et, à leur exemple, un contemporain de Mme de Sévigné, de Mme de Maintenon, de Mme de Lafayette osera encore écrire en 1686 que le témoignage de trois femmes n'a pas plus de valeur que celui de deux hommes (1). Mais, au fond, pour le plus grand nombre, ce sont là des épigrammes usées, qu'il faut laisser aux fabliaux et dont la place n'est pas dans la législation. La femme est incapable, non parce qu'elle est moralement inférieure à l'homme, mais parce que celui-ci a le droit d'agir en maître et de gouverner tous les habitants de sa maison. Nos chartes communales disaient : « Dans sa maison, pauvre homme roi est (2). » Cela s'entendait à la fois de l'autorité paternelle et de l'autorité conjugale. C'est pourquoi si, méconnaissant celle-ci, la femme a contracté sans l'aveu de son époux, l'engagement est obligatoire pour elle, à la condition de ne pas être attaqué par le mari. Au décès de celui-ci, l'acte est à l'abri de toute atteinte. « Car si tost comme son baron est mort, la femme revient en sa plaine volonté (3). » Son individualité ne disparait pas, mais elle

(1) Bruneau, *Observat. crimin.*, I, VIII, 40.
(2) V. Coquille, sur la *Cout. du Nivernais*, ch. 23, art. 1.
(3) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, XLIII, 27 ; LXX, 7.

sommeille tant qu'existe à ses côtés un administrateur de sa personne et de ses biens. Les Egyptiens, dit-on, se faisaient de l'âme humaine une idée fort grossière. Ils la considéraient comme une reproduction exacte du corps, comme le *double* de chaque individu. Aussi lui assuraient-ils dans l'autre monde la possession de toutes les richesses dont le corps avait joui dans celui-ci, sous peine de la condamner à une éternité de misères indicibles. L'ancien droit avait une conception presque semblable du mari. A ses yeux, il était le *double* de sa femme, mais il l'absorbait en la réflétant (1).

Le premier droit d'un mari sur la personne de sa femme consiste dans la faculté de la contraindre à partager sa demeure (2). Elle est absolument incapable d'avoir un domicile séparé. Par suite, l'épouse qui, sans raison légitime, s'est absentée de la maison conjugale, malgré les sommations qui lui ont été faites d'y revenir, ne peut, après la dissolution du mariage, demander ni part dans la communauté, ni douaire, ni gain de survie.

Le second est un droit de correction, d'où dérive l'obligation pour lui de réparer civilement les délits qu'elle a pu commettre. L'incapacité de l'épouse entraîne son irresponsabilité (3).

(1) Dans le Béarn et les pays basques au contraire, la femme était par exception placée sur le pied d'égalité avec l'homme. Elle avait la même aptitude que celui-ci à représenter, conduire et perpétuer la famille. Les filles héritières qui se mariaient avec un cadet jouissaient même d'une véritable supériorité. Elles donnaient leur nom à leur époux et à leurs enfants. Elles avaient toute liberté d'aliéner, de contracter, d'ester en jugement sans l'autorisation maritale. Leur mari ne pouvait les obliger à leur insu et. à défaut d'enfants, il ne pouvait, à leur mort, demander que la restitution de sa dot sans prétendre aucun droit sur les améliorations qu'il avait faites dans la maison de sa femme. (*Anc. cout.* de Barèges, art. 11, 19, 20). A vrai dire, il était le premier domestique de celle-ci.

(2) Femme, dit l'ancienne coutume de Bretagne, art. 313, si doit garder l'hôtel, le feu et les enfants.

(3) *Quia maritus retinere et castigare debet*, dit d'Argentré sur l'*ancienne coutume de Bretagne*, art. 423, gl. 2, n° 5. V. nouv. cout. de Normandie, art. 544.

Le troisième est celui d'administrer les biens de sa femme. Il jouit de ses fiefs, il les *porte*, selon l'expression consacrée pour indiquer la sujétion du vassal au suzerain : *maritus suus facit homagium domino*, dit l'ordonnance de St-Louis, de 1246. « Comme les maris, disait Loyseau, ont puissance sur la personne de leurs femmes, aussi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens (1). » L'épouse est absolument incapable de gérer ce qui lui appartient, parce qu'à proprement parler ce qui est à elle est au mari (2). Une conséquence, c'est que les prérogatives honorifiques attachées aux biens apportés dans le mariage par la femme passent au mari. Il prend le titre des seigneuries dont celle-ci est propriétaire, il présente aux bénéfices dont elle a le patronage, il institue et révoque les officiers des justices qu'elle possède, il reçoit l'hommage de ses vassaux, il saisit féodalement leurs tenures, etc.

Le mari jouit en effet de tous les produits des propriétés conjugales, qu'elles proviennent de lui ou de son épouse. Il a à cet égard un droit si étroit, que la femme est obligée, même après la dissolution du mariage, d'entretenir les baux faits par le gérant de la communauté (3). Il est donc plus qu'un usufruitier, car cette dernière qualité ne lui donnerait le droit de louer les biens que pour la durée de sa jouissance, et les baux qu'il aurait faits s'éteindraient avec lui. Il peut vendre, donner, grever les meubles de legs : « tuit li meuble sunt à l'omme, le mariage durant, dit Beaumanoir (4). » La femme n'a droit qu'à en prendre une part variable du tiers à la moitié, après la dissolution de l'union. Toutefois, elle conserve sur eux une certaine co-propriété, car ses héritiers partagent les meubles avec le mari survivant. Il en est de

(1) *Du déguerpissement*, liv. 2, ch. 4, n° 7.
(2) *Cout.* du Beauvoisis, XXI, 2.
(3) Bourjon, t. I, p. 496.
(4) *Cout.* du Beauvoisis, XXX, 99.

même des conquêts immobiliers (1). Quant aux immeubles propres de la femme, le mari a également à leur égard, en général, des droits plus étendus que celui d'un simple usufruitier ; s'il est en effet soumis à l'obligation de les restituer à la dissolution du mariage, il peut du moins les aliéner pour la durée de l'union conjugale, et, dans tous les cas, les vendre avec le consentement de sa femme.

Les coutumes se partageaient sur ce point en quatre classes différentes.

Les unes — et c'étaient les plus nombreuses — admettaient que le mari pouvait aliéner les fonds dotaux, lorsque sa femme y consentait : à défaut de cet assentiment, la vente était nulle, et les biens aliénés rentraient de plein droit entre les mains de la veuve (2). D'autres coutumes, telles que celles d'Auvergne, de la Marche et de Normandie (3), permettaient à la femme de rentrer dans les biens aliénés par son mari, à la mort de celui-ci, quoiqu'elle ait consenti à l'aliénation, parce que sa personne se confondait avec celle de son époux. D'autres, au contraire, autorisaient le mari à vendre ou à donner les biens dotaux comme les siens propres (4). Quelques-unes enfin lui permettaient, soit qu'il eût des enfants, soit qu'il n'en eût pas, d'aliéner seul les immeubles de sa femme, pendant

(1) *Etablissements de St-Louis*, I, 139, p. 267, t. II de l'édit. Viollet ; d'Epinay, *Cartulaire Angevin*, p. 183 ; *Cout.* de Montdidier, de l'année 1195, art. 25 ; *de Laon*, de l'année 1128, art. 13 ; *de Sens*, de l'année 1189, art. 13.

(2) *Cout.* de Paris, art. 266 ; du Nivernais, ch. XXIII, art. 1 ; du Poitou, art. 230 ; de Sens, art. 274 ; d'Auxerre, art. 194 ; de Péronne, art. 125 ; de Tournai, tit. 11, art. 21 ; d'Artois, art. 134 ; de la châtellenie de Lille, tit. 12, art. 3. Dans le duché de Bourgogne, le mari ne pouvait seul ni vendre, ni hypothéquer, ni échanger un immeuble propre de sa femme, si ce n'est pour la tirer de prison : mais il pouvait l'aliéner jusqu'à concurrence de l'ameublissement. V. Bannelier sur Davot, t. IV, p. 145.

(3) C'est ce qu'on appelait en Normandie le *mariage encombré*.

(4) *Cout.* de Douai, ch. 3, art. 3 ; de Bapaume, art. 27

la durée du mariage et pour le temps que l'union devait se prolonger, ce qui était évidemment une disposition de droit commun, qui dérivait de sa qualité d'usufruitier. A sa mort, sa veuve rentrait dans les biens aliénés : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Mais ces coutumes défendaient au mari de vendre à toujours les fonds dotaux, même avec le consentement de son épouse, lorsqu'il n'en avait pas d'enfant vivant. Par suite, l'aliénation était permise à la double condition de l'agrément de la femme et de l'existence de descendants issus du mariage. Cette règle s'appliquait seulement aux fiefs et aux alleux (1). D'après les coutumes de Mons et de Valenciennes, il était interdit au mari de faire aucun acte d'aliénation relatif aux biens de sa conjointe, tant qu'il avait lui-même des immeubles dans le ressort (2). Mais, à Mons, le mari qui n'avait plus de biens au chef-lieu, pouvait vendre ceux de sa femme, sans sa participation et à son insu, tandis qu'à Valenciennes l'aliénation était possible, pourvu qu'elle y comparût avec son mari et qu'elle déclarât « se deshériter. »

Dans le Midi, au contraire, le système de la dotalité romaine s'accusait énergiquement par la séparation d'intérêts entre les deux époux, et en restreignant la puissance maritale à la dot. Encore la propriété de celle-ci était-elle expressément réservée à l'épouse. « Et faut noter, dit Masuer, que le mary et non la femme peut vendiquer la chose dotale. Mais aujourd'huy on observe le contraire, et faut que tous deux y interviennent, le mary pour le regard de l'usufruit, et la femme à cause de la propriété (3). » Par conséquent, en principe, sauf à Toulouse, la dot est inaliénable. Les anciennes coutumes de Bordeaux, de Villeneuve-de-Berg, celle de Montpellier, les

(1) *Cout.* du Hainaut, ch. 94, art. 3.
(2) *Cout.* de Mons, ch 12 ; de Valenciennes, art. 54, 55.
(3) *Pratique* de Masuer, XIV, 22.

statuts de la ville de Salon, qui datent de 1293, ne reconnaissent pas, il est vrai, cette inaliénabilité d'une manière absolue, mais on y supplée en quelque sorte en exigeant que la femme affirme sous serment son adhésion à la vente, ou du moins que ses parents y interviennent. La dot est protégée par une hypothèque (1), et le mari est privé de tout droit sur les biens paraphernaux de sa conjointe. Enfin, le régime dotal est complété dans ces provinces par la rigoureuse application d'une loi romaine, qui du Midi gagne rapidement le Nord et se greffe sur les institutions coutumières, je veux parler du sénatus-consulte Velléien, qui déclare nulle l'obligation contractée par la femme pour un étranger et même pour son mari. A partir du XIIIe siècle, ce sénatus-consulte est observé d'une manière générale, bien qu'on y apporte certains tempéraments selon les lieux, en Provence, en Languedoc, dans l'Auvergne, dans le Dauphiné et jusqu'en Bourgogne. La ville de Toulouse est seule à le rejeter avec l'inaliénabilité du fonds total (2).

Comment cette règle, si contraire au principe de la communauté, parvint-elle à s'acclimater dans les pays du Nord, qui n'admettaient pas la dotalité ? Comment put-on la concilier avec un régime où tous les intérêts des époux étaient mis en commun ? Il est difficile de le dire, à moins de supposer, comme un jurisconsulte du XVIe siècle, Jean Papon, que « cette loi a paru si bien inventée qu'elle a été reçue partout et de toutes nations. » Ce qui est certain, c'est qu'avant même l'invasion des idées romaines, qui ne se font guère sentir au Nord avant le XIIIe siècle, plusieurs anciennes coutumes qui avaient cependant adopté la communauté, défendaient à la femme de s'obliger pour son époux (3). Quelques autres lui per-

(1) *Anc. cout.* de Toulouse, rubr. *de podcragio.*

(2) *Anc. cout.* de Toulouse, de l'année 1285, rubr. *de debitis*, 2-4.

(3) *Cout.* de Saint-Quentin, de 1161 à 1195, art. 20 ; de Roye, de l'année 1183, art. 17 ; *anc. cout.* de Normandie, etc.

mettaient au contraire de s'engager pour « son seigneur époux », tout en lui interdisant formellement d'intercéder pour un étranger (1). Ce qui est non moins constant, c'est que la fortune du Velléien fut rapide dans les pays coutumiers, et qu'il parut partout une « loi pleine de sagesse, un remède excellent pour subvenir à la faiblesse des femmes (2). » En droit, il créa une incapacité absolue ; tous les jurisconsultes affirment que la femme ne peut être admise à renoncer au bénéfice qu'elle tire du sénatus-consulte. En fait, il fut promptement transformé par la pratique en une incapacité relative, en une sorte de privilége auquel il était permis de renoncer (3). Cette renonciation d'abord spécialement introduite dans quelques contrats, sur la demande des créanciers, devint bientôt une clause de style, « ridicule chicane » disent les juristes, dont la validité fut uniquement soumise au serment de la femme à laquelle le tabellion dut faire préalablement connaître la nature et les effets du droit auquel elle renonçait (4). Quand, par une heureuse distinction, Dumoulin fixa au XVIe siècle la jurisprudence qui n'était pas encore parvenue à se mettre d'accord sur la valeur des engagements pris par la femme commune pour son mari, quand il lui accorda le bénéfice du sénatus-consulte, mais à la charge de démontrer que les deniers empruntés par le mari n'avaient profité ni à la communauté ni à l'épouse et qu'au moment du prêt le créancier en avait connu la destination, le Velléien n'était déjà plus que le statut par-

(1) *Très anc. cout.* de Bretagne, art. 68, 328 ; *coutumier de Charles VI*, II, 17 ; Jean des Mares, décis. 153 ; *cout. not.* du Châtelet de Paris, 15.

(2) Hévin, *addit.* aux arrêts de Frain, *Défense du droit civil*, t. 2, p. LXXVI, 3e édit.

(3) En 1302, la comtesse de Genève, femme du seigneur de Mirebel, déclare qu'elle renonce à la loi « dou saige Voleyen. » (Pérard, *Recueil de pièces curieuses*, p. 527.)

(4) Charondas, *Réponses*, liv. II, 43.

ticulier de rares provinces : quelques années plus tard, un écrivain demanda ouvertement l'abrogation d'une loi qui n'était plus respectée et qui demeurait comme un piège tendu, par la malice des notaires, aux simples ou aux ignorants (1). L'édit d'août 1606 donna satisfaction au cri de l'opinion publique dont ce publiciste s'était fait l'interprète : Henri IV ordonna que désormais « les contrats souscrits par les femmes auroient même effet, force et vertu que si les renonciations y eussent été bien et dûment spécifiées. » Les parlements d'Aix, de Pau, de Bordeaux, de Toulouse, de Grenoble, de Rennes et de Rouen refusèrent d'abord, il est vrai, d'enregistrer l'édit et de modifier la pratique ancienne qui persista à être suivie dans leurs ressorts. Mais le Lyonnais, le Mâconnais, la Bresse, le Bugey, qui étaient pays de droit écrit, se soumirent sans résistance à la volonté royale : deux ordonnances de Louis XIV en étendirent l'application à la Bretagne et au comté de Bourgogne en 1683 et en 1704. Enfin, dans le Lyonnais, le Mâconnais, le Beaujolais et le Forez qui observaient la loi Julia et le principe de l'inaliénabilité de la dot, des lettres-patentes de 1664, rendues en interprétation de l'édit de 1606, abrogèrent cette loi romaine, et décidèrent que les obligations contractées sans violence par les femmes mariées sur leurs biens dotaux et paraphernaux, mobiliers et immobiliers seraient désormais valables. Le sénatus-consulte Velléien ne conservait, au XVIII[e] siècle, d'autorité qu'en Auvergne, dans le comté d'Eu, en Normandie, en Languedoc, en Dauphiné, en Provence, en Alsace et dans le Roussillon. Partout ailleurs, l'incapacité, soit absolue, soit relative (2), qui en résultait pour la femme

(1) Jacques Leschassier, *Observ. de la renonciation au Velléien*, 1598.

(2) Les parlements de Rouen et de Toulouse considéraient comme nulle de plein droit l'intercession de la femme mariée en faveur de son époux ou d'un étranger. Mais d'autres ne lui accordaient qu'une action en rescision.

mariée, avait cessé d'exister, et le code civil n'eut pas de peine à la faire entièrement disparaître, bien que deux ou trois voix isolées se fussent élevées pour regretter une disposition protectrice des familles.

§ 2. *Incapacités relatives de la femme mariée*

A partir de la célébration du mariage (1) et pendant toute sa durée, la femme était en principe incapable de faire aucun acte juridique sans l'autorisation maritale ou judiciaire. Quel était le fondement de cette incapacité ? Si elle ne dérivait pas, comme le soutenaient quelques auteurs (2), de la faiblesse et de l'inexpérience de la femme, puisque la fille et la veuve n'avaient pas besoin d'être habilitées pour contracter une obligation, elle ne tirait pas non plus exclusivement son origine, comme l'a pensé Pothier, de la puissance du mari, et n'avait pas été édictée uniquement en sa faveur, bien que l'ordonnance de 1731 sur les donations puisse confirmer cette opinion. En réalité, elle découlait à la fois de ces deux causes, mais principalement de la seconde. De là cette conséquence que, si l'autorisation n'était pas seulement requise dans l'intérêt du mari, mais aussi dans celui de la femme, l'incapacité de cette dernière n'était pas assimilable à celle d'un mineur. L'acte fait par un pupille sans le concours de son tuteur pouvait être validé, s'il lui était avantageux ; il pouvait également être ratifié soit tacitement, soit expressément par lui à partir de sa majorité, et produisait alors des effets rétroactifs. Au contraire, celui de la femme mariée était absolument nul, encore bien qu'il lui

(1) La coutume de Bourgogne disait à partir de sa *consommation* ; mais on entendait par là la célébration. Quelques coutumes, comme celle d'Artois, art. 87, assujettissaient même la fiancée à prendre l'autorisation de son fiancé. Mais Dumoulin avait qualifié cette exigence d'impertinente.

(2) Rebuffe, sur la loi 19, Dig. *de verb. signif.*; Pontanus, sur la *cout.* de Blois, art. 3 ; Leferon, sur celle de Bordeaux, tit. I, § 3. La coutume de Malines, tit. IX, art. 1, se servait même du mot *tutelle* pour désigner la puissance du mari sur sa femme.

eût profité, si le mari n'y était intervenu, et la ratification qu'elle lui donnait depuis son veuvage n'avait de valeur que comme un nouveau contrat, dont les effets ne remontaient pas au-delà de sa date. V. *infrà*.

§ 3. *En quels cas l'autorisation maritale était exigée*

On l'a déjà vu, l'autorisation maritale était requise pour tous les actes juridiques auxquels pouvait se livrer la femme mariée (1). Cependant cette règle comportait quelques exceptions. Pour mieux la faire connaître, il convient de distinguer les actes extrajudiciaires des actes judiciaires.

A. *Actes extrajudiciaires*. — La femme mariée ne pouvait aliéner soit ses immeubles, soit ses meubles, ni recevoir le paiement des sommes ou des choses qui lui étaient dues sans l'autorisation de son époux, car le paiement d'une dette suppose l'aliénation d'une créance. Mais elle pouvait, à l'échéance et lorsque la dette n'était pas contestée, payer valablement sans autorisation ce qu'elle devait. Il lui était interdit d'accepter, sans cette permission, ou de répudier une succession qui lui était déférée. En un mot, il lui était défendu de contracter, que le contrat lui fût utile ou préjudiciable; elle ne pouvait pas plus obliger les autres envers elle que s'obliger envers eux. Quelques auteurs pensaient néanmoins qu'elle pouvait, sans son mari, faire les actes qui lui étaient manifestement avantageux, comme l'acceptation d'une donation entre vifs (2). L'art. 133 des *cahiers* de la réformation de la coutume de Bourgogne déclarait même que le contrat nul à l'origine pouvait être ratifié par la femme et le mari. Mais l'ordonnance de février 1731 sur les donations décida

(1) *Cout.* d'Orléans, art. 194; de Paris, art. 224, 234 ; du duché de Bourgogne, tit. IV , art. 1.

(2) Fortin et Ricard, sur l'art. 223 de la *cout.* de Paris ; Chasseneuz, sur la *cout.* de Bourgogne, tit. IV, art. 1 ; Sainson, sur la *cout.* de Tours, tit. XXIII, art. 10.

expressément que la femme ne pourrait, sans l'autorisation maritale, accepter valablement une donation, ce qui excluait évidemment la possibilité de faire, sans elle, un contrat, même avantageux.

Il fallait toutefois excepter de cette prohibition les obligations que la femme contractait par le fait d'autrui, sans aucun acte personnel. Ainsi elle était obligée, quoique son mari ne l'eût point autorisée, envers le *negotiorum gestor* qui avait fait en son absence des réparations urgentes à sa maison. Elle était tenue des obligations naturelles, de celles qui dérivaient de la loi ou de l'équité, et de celles qui naissaient de ses délits et quasi-délits, sauf en cas de dol de sa part, parce que celui qui avait contracté avec elle devait s'imputer d'avoir traité sans l'autorisation du mari. Il en était de même des obligations qu'elle contractait loin de sa demeure, dans un lieu où l'on ignorait son mariage et où elle passait pour fille, car on ne pouvait reprocher à l'autre partie contractante de n'avoir pas découvert sa qualité.

La nécessité de l'autorisation maritale souffrait certaines autres exceptions.

1° La femme séparée de biens recouvrant, par l'effet de la séparation, l'administration de ses biens, n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari pour les actes de pure administration. Mais si elle devenait maîtresse de ses revenus, de ses meubles et de ses actions mobilières, elle ne pouvait aliéner ses immeubles, les échanger, hypothéquer ou faire des emprunts considérables sans le consentement de son mari ou, à son défaut, la permission de justice, à moins que le jugement de séparation ne l'y ait expressément autorisée (1). Les coutumes du Dunois, art. 58, de Montargis, ch. 8, art. 6, et l'ancienne coutume d'Orléans, art. 171, déclaraient pourtant qu'elle pouvait

(1) Taisand, sur la *cout.* de Bourgogne, tit. IV, art. 1, note 3.

contracter et disposer de ses biens, meubles ou immeubles, comme si elle n'était pas mariée. C'était là une disposition exceptionnelle qui n'était pas reçue ailleurs.

2° La femme marchande publique pouvait, lorsqu'elle avait été autorisée par son mari à commercer, faire, sans une nouvelle autorisation, tous les actes se rattachant à son négoce et contracter toutes obligations qui y étaient relatives. On entendait par marchande publique, d'après l'art. 235 de la coutume de Paris, « celle qui faisoit marchandise séparée et autre que son mari. » En Bourgogne et dans le Nivernais, la définition était plus large : elle comprenait toutes les femmes qui tenaient boutique ouverte au sû de leur mari. Mais, en général, il était nécessaire que la femme fît un commerce séparé de celui de son mari et il ne suffisait pas qu'elle vendît publiquement avec lui (1). La femme marchande publique obligeait par corps son mari avec elle, lorsqu'elle était commune (2). Il importait peu d'ailleurs qu'elle fût majeure ou mineure, car l'ordonnance de 1673 réputait majeurs tous les négociants pour le fait de leur commerce.

3° La femme dont le mari avait perdu son état civil par une condamnation capitale, étant délivrée de la puissance maritale, n'avait pas évidemment besoin de son autorisation pour contracter, ni même de celle du juge, qui représentait son mari.

4° La femme dont le mari passait pour mort dans le public et qui se croyait de bonne foi déliée du lien conjugal sur la production de certificats constatant par erreur le décès de son époux, faisait également des actes valables sans l'autorisation de celui-ci. *Error communis facit jus.* Mais celle qui ignorait seulement ce qu'il était devenu et qui était incertaine de sa vie ou de sa mort, devait recou-

(1) Arrêt du parlement de Dijon du 21 février 1701.

(2) *Cout.* de Paris, art 234 ; arrêt du parlement de Paris, du 22 février 1628. *Contrà*, arrêt du 9 février 1567.

rir à l'autorisation de justice, au moins pour les actes qui n'étaient pas de pure administration.

5° La femme majeure pouvait contracter seule pour retirer son mari de prison. La coutume de Normandie, art. 541, l'autorisait même à vendre ses biens dotaux « pour rédimer son mari de prison, de guerre ou cause non civile, ou nourriture d'elle, de son mari, de ses père et mère, ou de ses enfants en extrême nécessité. » Mais elle ne pouvait contracter sans autorisation pour sortir elle-même d'un lieu de détention, à moins qu'elle ne fût détenue pour une dette commerciale, étant marchande publique.

6° La femme n'avait pas non plus besoin de l'assistance de son mari, d'après la plupart des coutumes, conformes à cet égard au droit romain, pour faire son testament ou un autre acte de dernière volonté (1). Cependant celles du Nivernais, ch. XXIII, art. 1, du Bourbonnais, art. 171, du duché de Bourgogne, tit. IV, art. 1, de Normandie, art. 417, d'Artois, tit. II, art. 86, 87, de Cambrai, de Bretagne, art. 448, de Tournai, lui interdisaient de disposer pour cause de mort sans l'autorisation maritale, et l'art. 132 des *cahiers* de Bourgogne ajoutait : « *voires pour cause pieuse.* » C'était là un statut personnel; par suite, une femme mariée domiciliée dans le ressort d'une coutume qui n'exigeait pas l'autorisation, pouvait disposer sans celle-ci par testament des biens situés dans un lieu où le consentement du mari était exigé. La jurisprudence tempérait un peu la rigueur de cette exigence. Ainsi, elle déclarait valables les testaments faits en temps de peste par une femme sans la permission de son mari (2). Celle-ci ne pouvait intervenir après coup pour valider la disposition testamentaire qui était nulle de plein droit et qu'il était impossible de ratifier. Mais la femme n'avait pas besoin de l'autorisation de

(1) Loysel, *Instit. coutum.*, liv. I, tit. II, règle 21 ; *cout.* de Paris, art. 510 ; d'Anjou, art. 510 ; d'Argentré, *loc. cit.*, art. 223, gl. 4.

(2) Arrêts du parlement de Dijon, des 16 avril 1586 et 1597.

on époux, pour révoquer sa disposition. Il n'y avait plus n effet d'acte de dernière volonté. Une autorisation généale de tester, qui ne se serait appliquée à aucune disosition particulière, n'aurait pas été suffisante, parce u'il fallait *autant d'autorités que d'actes.*

Certains auteurs proposaient une dernière exception. ls assimilaient le mari à un tuteur et soutenaient, par pplication de la maxime *nemo potest auctor esse in rem uam,* que l'autorisation maritale n'était pas nécessaire, ›rsque les époux contractaient ensemble (1). Pothier ›jetait cette opinion en montrant que le mari ne devait as être comparé au tuteur. Celui-ci, disait-il, est institué our veiller aux intérêts du mineur : il n'a donc pas à autoriser, quand il a un intérêt contraire à celui de son upille. Le mari n'intervient que pour habiliter sa femme contracter. Or, il peut l'habiliter quand elle traite avec ii comme lorsqu'elle traite avec un tiers. Par conséuent un don mutuel entre époux était nul, s'il n'était our la femme autorisé par le mari.

B. *Actes judiciaires.* — La femme mariée ne pouvait ester ı justice sans y être autorisée par son mari (2). C'était là ne incapacité personnelle qui la suivait partout. La néıssité de l'autorisation s'appliquait même au cas où l'insınce était déjà engagée avec la femme antérieurement au ıariage.

Quand on voulait assigner une femme mariée, il fallait ı même temps assigner son mari pour qu'il l'autorisât, non solliciter du juge une autorisation d'office. Lorsqu'on ait assigné par elle, on n'était pas tenu de répondre, à oins de requérir qu'elle eût à se faire autoriser. Par ıite, la maxime de Loysel, *les femmes ont voix et répons ı cour,* ne devait s'entendre que des femmes non mariées.

(1) Ricard, *Traité du don mutuel,* n° 47; Lebrun, *Traité de la mmunauté,* liv. II, ch. I, sect. 3, n° 391.

(2) *Cout.* de Paris, art. 224; Loysel, *loc. cit.,* 17, 21.

Les besoins pratiques du commerce firent de bonne heure admettre par certaines coutumes (1), que la femme mariée aurait le droit d'ester en justice sans l'autorisation maritale, pour affaires relatives à son négoce, si elle était marchande publique. L'art. 215 c. civ. s'est sur ce point montré beaucoup plus barbare que le droit Orléanais ou Angevin du XIII° siècle. Mais toutes les coutumes n'avaient pas accueilli cette dérogation aux rigoureuses traditions germaniques.

L'autorisation maritale cessait d'être nécessaire dans trois cas : 1° lorsque le juge avait, à défaut du mari et sur son refus, autorisé la femme à ester en justice ; pour obtenir cette permission, elle n'était pas tenue de justifier sa demande : elle devait seulement prouver qu'elle avait quelque apparence de fondement (2) ; 2° lorsque la femme était séparée de biens, par contrat ou par jugement exécuté, et que le procès avait pour objet un acte d'administration ; 3° lorsque la femme était défenderesse en matière criminelle. L'art. 216 c. civ. a conservé cette exception, tandis que l'art. 215 du même code a rejeté la précédente. Mais lorsque la femme mariée voulait intenter une action criminelle, elle avait besoin de l'autorisation de son mari ou de celle de justice (3). Les coutumes d'Anjou et d'Orléans lui permettaient cependant d'ester en jugement, sans son mari, tant en demandant qu'en défendant, pour toutes les actions qui naissaient d'un délit.

§ 4. *Cas dans lesquels l'autorisation de justice suppléait à celle du mari*

La femme n'était pas tenue de subir les caprices de son mari qui pouvait lui refuser son autorisation. Elle pouvait

(1) *Etablissements de St-Louis*, I. 153; *Livre de justice et plet*, p. 131; *Cout.* de Mantes, art. 125, et de Dourdan, tit. VI, art. 80.

(2) *Cout.* de Péronne et de Sedan, tit. IV, art. 96.

(3) *Cout.* du Poitou, tit. III, art. 126.

suppléer à son défaut d'autorisation en s'adressant au juge. Ce juge était le juge séculier du domicile de la femme, à moins qu'elle ne se trouvât malade dans un lieu autre que la demeure conjugale (1).

Lorsque, par suite de l'absence ou de l'insanité de son mari, la femme était dans l'impossibilité de requérir son autorisation, elle pouvait également demander celle du juge, ainsi que dans les cas de nécessité ou d'urgence. Mais lorsqu'il s'agissait d'accepter une donation entre vifs, l'autorisation de justice ne pouvait suppléer à celle du mari, au moins en Bourgogne (2).

A ces divers cas, le code actuel ajoute celui où le mari est en état de minorité. Il n'en était pas ainsi sous l'empire du droit coutumier. Un mari, quoique mineur, pouvait autoriser sa femme majeure. C'était une dépendance de son pouvoir marital. Ainsi, bien qu'il ne pût aliéner lui-même ses propres immeubles, il lui était permis d'autoriser sa femme à aliéner ceux qu'elle possédait. Seulement, si cette aliénation lui portait préjudice, en le privant par exemple de la jouissance de l'immeuble dont l'équivalent n'avait pas été versé dans la communauté, il avait le droit de prendre des lettres de rescision contre l'autorisation accordée, et l'aliénation faite par sa femme devenait nulle. Au surplus, le mari mineur ne pouvait autoriser son épouse également mineure qu'à faire les actes qu'il était capable de faire seul, comme ceux d'administration. Pour les autres, il était indispensable que la femme fût assistée d'un curateur. Quant aux actes que les mineurs ne pouvaient valablement faire même avec un curateur, il est évident que l'autorisation du mari majeur, ne rendait pas la femme mineure habile à les faire. Mais, quand elle était autorisée par lui, la nullité

(1) Arrêt du parlement de Dijon du 8 février 1742.

(2) Arrêt du parlement de Dijon du 12 février 1682.

dont l'acte était affecté était seulement relative, tandis que le défaut d'autorisation maritale rendait cette nullité absolue (1).

§ 5. *Comment et quand le mari devait donner son autorisation*

Il fallait distinguer à cet égard entre l'autorisation pour ester en justice et l'autorisation pour contracter.

On s'accordait généralement à penser que l'autorisation pour les actes judiciaires pouvait être tacite et que la présence du mari assistant sa femme dans l'instance suffisait à habiliter celle-ci. Quand ils avaient l'un et l'autre constitué un procureur, l'autorisation était présumée, mais à la condition que le mari ait agi en qualité d'époux.

Pour les actes extrajudiciaires au contraire, l'autorisation devait être expresse. La présence du mari au contrat était insuffisante. Le mot *autoriser* devait être employé : il était sacramentel et ne pouvait être suppléé par celui d'*approuver* ou de *consentir*. Pothier pense cependant que le terme d'*habiliter* était équivalent. L'art. 217 c. civ. n'a pas reproduit cette exigence.

L'autorisation ne devait pas seulement être expresse, elle devait aussi être spéciale, à moins qu'il ne s'agît d'actes de pure administration, cas auquel une autorisation générale était suffisante. On tenait qu'en matière d'aliénation surtout ou de transaction, chaque acte avait besoin d'une habilitation particulière (2). On discutait pourtant la question de savoir si une autorisation générale donnée par contrat de mariage était valable. Mais à Paris l'usage était de la rejeter (3). Il fallait que l'autori-

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 32.

(2) Bannelier, sur Davot, t. I, p. 359.

(3) Actes de notoriété du Châtelet, des 22 février 1695, 12 nov. 1699, 23 février 1708.

sation fût accordée *in ipso actu* ou par une procuration faite spécialement pour l'acte auquel intervenait la femme mariée. Dans les coutumes qui exigeaient le consentement des maris pour la validité des testaments de leurs femmes, l'autorisation devait être également spéciale, à peine de nullité.

L'autorisation pouvait accompagner l'acte ou le précéder. Il n'était pas indispensable que le mari fût présent au contrat, ni qu'il y donnât dans le même acte son consentement. Mais si ce consentement était intervenu avant le contrat, il devait y être mentionné à peine de nullité. Par suite, si un mari avait donné à sa femme procuration pour faire tel ou tel acte, le contrat n'était pas valable, lorsqu'il se bornait à énoncer la procuration, sans indiquer qu'elle contenait une autorisation expresse (1).

L'autorisation pouvait-elle intervenir postérieurement à l'acte? L'ancienne jurisprudence s'était partagée sur cette question. Des auteurs, tels que Leprêtre, Bourjon, Pothier, Lebrun, pensaient que l'acte ayant été originairement nul ne pouvait après coup être ratifié, mais qu'il devenait valable *ut ex nunc*, du jour de l'autorisation, comme s'il avait été dressé seulement à cette époque. Cette opinion était partagée par les jurisconsultes des pays dont la coutume exigeait l'autorisation maritale pour la validité des dispositions testamentaires faites par les femmes. « Le testament nul faute d'autorisation, dit Bannelier, t. I, p. 356, ne peut jamais revivre, fût-il au profit du mari : *juris est civilis et publici.* » Au contraire, il admettait que le contrat d'une femme non autorisée pouvait être validé après coup : *est juris gentium.*— D'autres écrivains, comme Chopin et Ferrière, estimaient que l'obliga-

(1) Bourjon, *Traité de la communauté*, II, p. 583, édit. de 1770, exigeait que l'acte d'autorisation fût annexé au contrat. Pothier déclarait que la pratique était bonne, mais que son omission ne pouvait entrainer l'invalidité.

tion contractée par la femme non autorisée pouvait être l'objet d'une ratification, qui rétroagissait au jour même de l'acte, sans cependant pouvoir préjudicier aux tiers, et trois arrêts du parlement de Paris, de 1557, 1598 et 1626, avaient adopté cette doctrine. Mais, en général, on tenait que la nécessité de l'autorisation était de droit public, que son omission opérait une nullité absolue et perpétuelle, et que l'acte, lorsqu'il s'agissait d'un testament, ne pouvait revivre ni par le prédécès du mari, ni par l'intérêt qu'il avait à ce que la disposition fût valable, ni par la considération qu'elle avait été faite pour une œuvre pie.

L'autorisation pouvait être donnée sous signature privée, par simple missive, pourvu qu'elle eût date certaine. La présence de la femme, sa réquisition ou son acceptation n'étaient pas nécessaires. Lorsque la femme voulait faire un testament olographe, le mari écrivait en tête son autorisation et la revêtait de sa signature.

§ 6. *Effets de l'autorisation et de son défaut*

L'autorisation maritale avait pour effet de rendre la femme aussi capable de contracter ou d'ester en justice que si elle n'avait pas été mariée. Par suite, la communauté était tenue du paiement des dettes qui résultaient du contrat pour lequel la femme commune en biens avait été autorisée.

L'autorisation de justice relevait bien également la femme de son incapacité, mais n'avait pas pour effet d'affecter les biens de la communauté au paiement des obligations contractées par la femme seule. Ils n'y étaient au moins soumis que jusqu'à concurrence du bénéfice qu'en recueillait la communauté.

Quant aux effets du défaut d'autorisation, nous les avons déjà en partie fait connaître.

Dans les premiers temps du droit coutumier, la nullité résultant du défaut d'autorisation était relative et temporaire. Le mari seul pouvait s'en prévaloir et son action s'éteignait à la dissolution du mariage (1). Ce système n'avait pas paru plus tard acceptable aux commentateurs des coutumes. Dumoulin et d'Argentré enseignaient que la femme qui contractait sans l'autorisation de son mari n'était nullement obligée et qu'elle pouvait invoquer la nullité de l'acte, comme son mari. Leur opinion passa dans la rédaction de la nouvelle coutume de Paris. On considéra que l'obligation contractée par la femme non autorisée était nulle *ipso jure* et ne pouvait produire aucun effet ni contre l'épouse après le décès de son conjoint, ni contre ses héritiers lorsqu'elle était décédée elle-même. « Ce contrat est nul, dit l'art. 223, tant pour le regard d'elle que de son mary, et n'en peut estre poursuivie, ni ses héritiers, après le décès de son mary. » Ce sont presque les expressions dont s'est servi le code civil dans son art. 225. Il en résulta que les fidéjusseurs donnés par les femmes pour la sureté d'obligations contractées sans autorisation ne furent point valablement obligés et qu'ils furent recevables à opposer la fin de non recevoir dont les parties cautionnées pouvaient se prévaloir. Mais il en était autrement à l'égard des tiers. Ceux-ci ne pouvaient invoquer une nullité qui était un privilége accordé au mari et à la femme. Ils avaient à s'imputer la faute d'avoir traité avec une femme mariée, sans avoir exigé la production de l'autorisation maritale. C'était au moins le sentiment de Chasseneuz, de Lebrun, de Ricard, de Bourjon et la jurisprudence du parlement de Paris. Renusson, assez timidement, Bouhier et Ferrière, avec plus d'é-

(1) « Se la feme plege el tans de son baron sans son autorité, et li barons muert, et ele est sivie de la plegerie, ele en doit répondre, car si tost comme ses barons est morts, ele revient en se plaine volonté et convient qu'ele responde de son fes. » (*Cout.* du Beauvoisis, ch. XLIII, nº 27.)

nergie, soutenaient au contraire, avec le parlement de Bretagne, que la nullité était absolue et qu'elle pouvait être opposée par toutes sortes de personnes. C'était, dit Bouhier, une pénalité attachée à un acte qui blessait l'honnêteté et les mœurs publiques et qui devait être tenu *pro infecto*. Les *cahiers* de Bourgogne, art. 134, semblaient admettre un tempérament. « Celui qui aura contracté, disaient-ils, avec la femme non autorisée, peut agir contre le mari pour accomplir ledit contrat et y donner autorité, ou bien pour le dissoudre et annuler : et sera tenu ledit mari de le déclarer incontinent et sans délai. » A Paris, comme on l'a dit plus haut, le défaut d'autorisation maritale n'entraînait qu'une nullité relative (1).

(1) Le Prestre, *cent.* 2. ch. 20; Renusson, *de la Communauté*, part. 1, ch. 7, nos 15 et suiv.. Lebrun, *id*, liv. II, ch 1. sect. 5, nos 6 et suiv.

TITRE II

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

§ 1. *Nature de cette puissance*

La famille est indépendante ; elle a son origine et sa charte dans la loi naturelle, elle possède une constitution propre, antérieure à celle de l'Etat. Mais, parce que dans une société sa fin est subordonnée à la fin politique, le pouvoir civil, sans absorber la puissance paternelle, peut en diriger l'exercice, à la condition d'en respecter toujours le principe et l'essence.

Cette vérité, aujourd'hui peu contestée, ne semble pas avoir frappé les législateurs romains. Ils accordaient au père une puissance absolue sur ses enfants ; mais ils ne l'accordaient qu'aux seuls citoyens, et en vertu du droit civil. Justinien prend soin de faire remarquer qu'aucun peuple ne l'a élevée aussi haut. Justinien se vante ou se trompe : la puissance paternelle se retrouve au berceau de presque toutes les nations barbares. Tant que l'homme fut l'ennemi de l'homme — *omnis homo homini lupus*, — tant qu'il dut chaque jour conquérir les armes à la main le droit à l'existence, l'enfant fut au père ce qu'était la femme à l'égard de son mari, moins un collaborateur ou un compagnon qu'un esclave (1). C'était son état dans la Gaule lorsque Rome y pénétra : le père y était le maître

(1) On lit dans les coutumes des anciens Prussiens : « Le père tue les enfants aveugles ou mal conformés, par le glaive, par l'eau et par le feu. » (Grimm, *Rechtalterthümer*, p. 488.) Cependant, chez les Germains, l'homme adulte pouvait, à son gré, rompre les liens de la famille ; la liberté l'emportait sur le sang.

de son fils comme le chef était le maître de son *clan*. Il avait sur lui *quoddam jus dominii*. Et c'est pourquoi, plusieurs siècles après, l'édit de Pistes, les capitulaires et la coutume de Vitry, art. 100, 148, reconnaissaient encore au père le droit de vendre ses enfants, en cas d'extrême indigence (1).

Le droit féodal et le droit coutumier primaire conservèrent intacte la puissance paternelle, sauf les tempéraments que lui apportèrent les progrès de la civilisation et l'adoucissement des mœurs. La *Somme rurale* de Boutillier, le *grand Coutumier de France*, liv. II, ch. 40, les décisions 236 et 248 de Jean des Mares, Eginhard Baron l'attestent avec trop d'énergie pour que l'on puisse à cet égard adopter l'opinion d'Accurse qui prétendait au XIIIᵉ siècle que les pères n'exerçaient plus en France aucune autorité sur leurs enfants, ou pour que l'on puisse croire, avec Mornac, à la valeur juridique d'un arrêt de 1599, rendu en robes rouges, et affirmant que la puissance paternelle était abolie, même en pays de droit écrit (2). Seulement, l'autorité paternelle coutumière cessa d'être la *patria potestas*, telle que l'entendait Justinien ; elle ne

(1) Les mères elles-mêmes avaient un droit semblable, si l'on en croit l'auteur de la *Vie de St-Junien*, publiée par le P. Labbe dans sa *Bibliothèque manuscrite*, t. II, p. 573. Mais ce ne fut sans doute qu'un droit exceptionnel, rarement exercé. On sait qu'au XIIIᵉ siècle les pères pouvaient encore consacrer irrévocablement leurs enfants à la vie religieuse, même avant leur naissance (V. Baluze sur Salvien, *advers. avarit*, lib. II, § 4). Au XIVᵉ, le droit de vente de l'enfant n'est plus reconnu (V. Boutillier, *Somme rurale*, l. I, tit. 67).

(2) Mornac, sur la loi 8, Dig *de his qui sui vel alien. jur. sunt*.

(1) *Cout.* de Vitry, art 10 ; de Reims, art. 6 et 7 ; de la Marche, art. 298 ; du Nivernais, ch. 22, art. 2 ; de Blois, art. 1 et 2 ; de Normandie, art. 421 ; d'Angoumois, art 120 ; de Saintonge, art. 2 de Montargis, ch. 7, art. 2 ; du Bourbonnais, art 168 ; du Poitou art 310 ; de Châlons, art. 7 ; de Sedan, art. 5 ; de Chartres, art. 103 de Châteauneuf, art. 133 ; du Berry, tit. 1, art 166 ; de Bretagne, art. 498 ; d'Orléans, tit. 9, rubrique, et art. 158 ; du duché de Bourgogne, tit VI, art. 3 ; d'Auvergne, tit XIV, art. 42, 49.

dériva plus du *dominium* romain, mais du *mundium* germanique ; elle n'eut plus pour base, comme à Rome, l'intérêt exclusif du père, mais aussi celui des enfants, et c'est peut-être pour ce motif qu'un traducteur des *Institutes* au XIIIe siècle, Me Michel, crut devoir s'abstenir de traduire le titre *de patria potestate*, qu'il remplaça par celui-ci : « *Des enfants qui sont en bail et de ceux qui en peuvent estre hors.* »

Il fallait donc, au XVIe siècle, soigneusement distinguer les pays de droit écrit des pays coutumiers au point de vue de la puissance paternelle. Dans les premiers, on observait avec rigueur le droit romain, au moins dans celles de ses dispositions qui ne touchaient ni à la vie, ni à la liberté de l'enfant. La *patria potestas* y avait conservé tous ses autres effets. Elle ne pouvait appartenir qu'au père et jamais à la mère. Elle se prolongeait pendant toute l'existence de l'enfant, quel que fût son âge, s'il n'était pas émancipé. Elle s'étendait non seulement sur le fils, mais sur les descendants de celui-ci. Elle attribuait au père l'usufruit de tous les biens que les uns ou les autres pouvaient posséder. Dans les *seconds*, au contraire, le père n'avait sur ses enfants qu'une puissance limitée, « pouvoir de direction tempéré par la piété paternelle et qui ne va pas au-delà selon nos mœurs, » disait Bourjon (1). Mais ce pouvoir n'était pas le privilège du père ; il appartenait à la mère, lorsque celui-ci ne pouvait plus l'exercer. De plus, il n'était pas perpétuel : aussi le droit d'exiger de ses descendants des devoirs d'affection

(1) *Droit commun de la France*, t. I, [illegible] *Droits de Justice*, ch. 21, [illegible] — A Paris, [illegible] était, à l'origine, [illegible] sultes exprimaient [illegible] désarmée. [illegible] liv. I, ch. 4, [illegible] *Bretagne*, art. [illegible] expressément à puissance paternelle.

de respect et de reconnaissance qui ne s'éteignent qu'avec eux, il cessait à la majorité des enfants ou à leur émancipation, en un mot, dès qu'ils étaient jugés capables de gouverner leurs personnes et leurs biens.

Il est à peine besoin de rappeler qu'il ne s'appliquait d'ailleurs qu'aux enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent. Les bâtards n'y étaient point soumis et, le droit coutumier ne reconnaissant point l'adoption romaine, il n'y avait pas lieu de poser la question pour les enfants adoptifs. Quant aux affiliations qui se pratiquaient dans certaines provinces entre deux familles, les échanges qui en résultaient ne mettaient pas un terme à la puissance paternelle, et laissaient subsister intact le droit des pères sur leurs enfants (1).

§ 2. *Effets de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant*

La puissance paternelle produisait des effets tant à l'égard de la personne du mineur qu'à l'égard de ses biens. Nous ne devons ici parler que des premiers.

Les attributs de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant se réduisaient à deux: droit à son respect, droit à son gouvernement.

Les enfants étant tenus, à tout âge, de respecter et de vénérer leurs parents, le droit coutumier n'admettait pas que la puissance paternelle cessât à cet égard avant leur mort naturelle ou celle de leur père. Par suite, ils étaient obligés de requérir le consentement de leur père et de leur mère, lorsqu'ils voulaient se marier, quel que fût d'ailleurs leur âge. Mais tous n'étaient pas contraints de l'obtenir. V. *supra*, liv. II, p. 447 et suiv.

De ce droit au respect et à la reconnaissance de l'enfant,

(1) Lebrun, *Successions*, liv. III, ch. 3; Dusault, *sur l'usance de Saintes*, p. 406; Bannelier sur Davot, t. I, p. 247, 2e édit.

découlait également pour le père et la mère indigents le droit de lui demander des aliments. V. *supra*, liv. II, p. 512.

Enfin, une conséquence qui sera examinée plus loin, c'est que le fils de famille, même majeur, ne pouvait ester en matière civile, sans le consentement de son père, sauf quelques exceptions.

Jusqu'à leur majorité, les enfants étaient indistinctement et sans réserve placés sous la dépendance de leurs père et mère, par ce motif que, jusqu'à cet âge, ils étaient présumés hors d'état de se conduire eux-mêmes et de gouverner leur personne et leurs biens. De là, pour les père et mère, le droit de les retenir dans la maison paternelle ou de les envoyer dans une maison d'éducation. Cette règle ne souffrait exception que dans le cas où le fils de famille s'engageait dans l'armée royale, ce qu'il pouvait faire à seize ans, parce que l'intérêt public l'emportait alors sur l'intérêt privé, ou lorsqu'il faisait, au même âge, des vœux religieux dans un ordre approuvé, pourvu que l'évêque du diocèse le jugeât capable et que sa vocation fût sincère. V. *supra*, p. 171. Toute dispense d'âge accordée était nulle (1).

La puissance paternelle donnait aussi aux parents, d'après une doctrine constante, le droit de correction sur leurs enfants mineurs de vingt-cinq ans, et ce droit n'était limité que par les mœurs. Toutefois, les arrêts faisaient distinction au sujet de son exercice. Quand le père n'était pas remarié, il pouvait, de sa seule autorité, faire enfermer ses enfants dans une maison de force ou une maison religieuse. Mais, s'il avait convolé à de secondes noces, il était obligé de demander préalablement la permission du juge, qui avait plein pouvoir d'appréciation. De même, la mère ne pouvait placer son fils ou sa fille dans un lieu de détention sans l'autorisation de la justice.

(1) Arrêt de règlement du 7 juill. 1682.

Dans les provinces coutumières qui, à défaut d'un texte précis de leur coutume, recouraient à l'autorité du droit romain, un autre effet de la puissance paternelle était de permettre au père de famille de substituer pupillairement à ses enfants impubères (1). Cet effet était assurément peu favorable ; il s'était néanmoins maintenu, et la substitution pupillaire y était d'un usage fréquent, au témoignage de Bouhier, grâce au respect qu'inspirait aux jurisconsultes le droit romain.

Quant à la responsabilité civile qui résultait pour les père et mère de la puissance qu'ils exerçaient sur leurs enfants, la jurisprudence ne faisait pas difficulté de l'admettre, lorsque les fautes et les délits commis par un impubère étaient imputables à la négligence ou au défaut de surveillance des parents (2). Il en était de même lorsqu'un délit ou un quasi-délit avait été commis par l'enfant, soit majeur, soit mineur, dans les fonctions auxquelles il avait été préposé par ses père et mère. Par un motif semblable, l'action civile en responsabilité était admise à raison du délit ou du quasi-délit du fils contre le père qui l'avait en sa puissance, parce qu'il avait sur lui un droit de correction (3). Mais, au-delà de la puberté, il n'y avait plus d'action civile ouverte contre les père et mère, si ce n'est dans le cas où ils avaient autorisé l'enfant pour le procès, ou bien dans celui où l'intérêt public était engagé (4).

Hors les cas qui précèdent, la victime du délit commis

(1) Bretonnier sur Henrys, t. II, liv. 4, quest. 13.

(2) Arrêts du parlement de Bourgogne, des 11 sept. 1673, 16 mars 1695 et 14 mai 1710 ; Bannelier sur Davot, t. 1, p. 268, et t. 4, p. 359; arrêt du parlement de Paris, du 31 août 1713; Brillon, v° *Père* ; Legrand, *sur la coutume de Troyes*, art. 168, gl. 5, n° 26 ; Serpillon, *Code criminel*, p. 764.

(3) *Cout.* de Bretagne, art. 611.

(4) Arrêts du parlement de Bourgogne, des 22 avril 1752, 22 juill. 1755 et 2 août 1755 ; Bannelier sur Davot, *loc. cit.* ; arrêt du parlement de Metz, du 11 sept. 1672 ; arrêt du parlement de Paris, du 5 mars 1651 ; Serpillon, *Code criminel*, p. 388.

par le fils devait d'abord poursuivre celui-ci pour en obtenir des dommages-intérêts ; à défaut de réparation, elle avait le droit de s'adresser à l'ascendant, mais en tant seulement qu'il possédait un pécule provenant de son fils ; si ce pécule n'existait pas, le père était déchargé de toute responsabilité (1). Il en résultait, d'après une jurisprudence constante, qu'en matière de séduction notamment, le père n'était pas responsable pécuniairement des condamnations prononcées contre son fils (2).

Les mêmes principes s'appliquaient à la question de savoir si le père était responsable des dettes contractées par les enfants placés sous sa puissance. La jurisprudence coutumière recourait pour la résoudre aux règles du droit romain. Elle décidait que celui qui contractait avec un fils de famille avait deux débiteurs, le fils pour la totalité de la dette et le père jusqu'à concurrence du pécule dont il avait laissé l'administration à son enfant, et que le père était tenu des dettes de son fils, mais seulement jusqu'à concurrence du profit qu'il en avait tiré lui-même. Par suite, si l'enfant en puissance paternelle n'avait aucun pécule ou n'en possédait qu'un insuffisant pour acquitter ses dettes, ses créanciers n'avaient aucune action contre son père (3). Mais il en était autrement si le père avait autorisé son fils à contracter l'obligation dont le paiement était poursuivi, ou s'il avait donné son consentement à ce que celui-ci entrât dans des fonctions publiques qui étaient pour lui le principe d'une dette. En

(1) *Cout.* du Berry, tit. 1, art. 12 ; du Bourbonnais, art. 169 ; de Lorraine, tit. 1, art. 24 ; de Bergues St-Winock, rubr. 17, art. 32 ; de Gand, rubr. 21, art. 9 ; d'Audenarde, rubr. 17, art. 10 ; *Bibliothèque* de Boucheul, v° *père* ; arrêts du parlement de Toulouse, du 9 avril 1596 ; du parlement de Grenoble, du 12 juin 1687 ; Brodeau sur Louet, lettre D, § 20, n° 1.

(2) Arrêt du parlement de Paris, du 13 février 1779.

(3) *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, v° *père* ; Bouvot, t. II, v° *saisie*, quest. 11.

ce cas, le père jouait le rôle de fidéjusseur et devenait garant de son enfant (1). Ainsi, jusqu'au moment où il fut interdit au fils de famille de faire le commerce sans avoir été préalablement émancipé, les coutumes du Berry, tit. 1, art. 9 et 10, et du Bourbonnais, art. 168, obligeaient les pères à acquitter les dettes contractées par leurs enfants dans le commerce que ceux-ci avaient entrepris avec leur assentiment.

Le droit de gouvernement attribué au père de famille sur la personne de ses enfants avait pour cause, je l'ai déjà dit, l'incapacité naturelle de se conduire raisonnablement dans laquelle ceux-ci étaient présumés se trouver jusqu'à leur majorité. Par suite, dès que cette majorité était atteinte, les coutumes qui ne faisaient point mention de la puissance paternelle, telles que celles de Paris, de Normandie, de Vermandois, d'Orléans, de Chartres, de Châteauneuf, réputant l'enfant complètement capable, lui accordaient une entière liberté d'action. Mais d'autres, et c'étaient les plus nombreuses, celles du Berry, du Bourbonnais, de Bretagne, d'Angoumois, de la Rochelle, du Poitou, du Bassigny, de Troyes, de Lille, de Douai, de Valenciennes, du duché de Bourgogne, de Metz, de Bordeaux, s'inspirant du droit romain, regardaient la puissance paternelle comme une sorte de tutelle légitime qui ne devait cesser que par un acte de la volonté du père de famille, et frappaient le fils, même majeur, demeurant chez son père (2), de l'incapacité de contracter ou d'ester en justice, en matière civile, sans l'autorisation paternelle. En un mot, elles le traitaient comme une femme mariée, lorsqu'il n'avait pas été émancipé par le mariage, par un,

(1) Arrêt du parlement de Grenoble, du 28 août 1637 ; Basset t. II, liv. 4, tit. x, ch. 4.

(2) V. Pérard, *Recueil de pièces curieuses*, p. 386, acte de 1107; *procès-verbal* de la réformation de la coutume de Bourgogne, du 23 mai 1569.

acte exprès d'émancipation, par une résidence séparée après l'âge de pupillarité, par l'accession de fonctions publiques ou par un négoce distinct de celui du chef de la famille. « Vivant le père, disait la coutume de Douai, ch. VII, art. 2, ses enfans demeurent en sa puissance et ne peuvent contracter sans son consentement, de quel âge qu'ils soient, tant qu'ils ne sont dûment émancipés (1). »

L'intervention du père avait un double effet : elle relevait le fils de l'incapacité de contracter ou d'ester en justice dont il était frappé par la coutume, et en cela elle avait tous les caractères d'une autorisation proprement dite ; de plus, elle obligeait le père solidairement avec le fils, et, à cet égard, elle équivalait à un consentement. C'est pourquoi les coutumes et leurs interprètes se servaient indifféremment des mots *consentement* et *autorité*.

La ratification donnée par le père postérieurement au contrat validait celui-ci en tant qu'il obligeait le ratifiant, mais elle ne relevait pas le fils de son incapacité légale. En conséquence, l'obligation qu'il avait contractée sans l'autorisation paternelle demeurait nulle, malgré une ratification postérieure, une autorisation ou une approbation tacite. Mais la donation entre vifs faite à un fils de famille majeur pouvait être valablement acceptée par lui seul, sans le consentement paternel, parce qu'il avait, comme le pupille, le droit de poursuivre l'exécution des contrats qui lui étaient avantageux et que l'acte avait pour effet de rendre sa condition meilleure (2).

(1) Les art. 11 et 16 du tit. I de la coutume du Berry assimilent le fils de famille à la femme mariée. En matière criminelle, il n'avait plus besoin du consentement de son père pour ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Il n'en avait pas besoin non plus quand il plaidait contre lui, quand il voulait exercer le retrait lignager, quand, mainmortable, il cherchait à s'affranchir par le désaveu, ou quand il s'agissait d'une action qualifiée privilégiée par la loi.

(2) *Cout.* d'Audenarde, rubr. 17, art. 9; de la châtellenie de Lille, tit. XIII, art. 2; de Bergues St-Winock, rubr. 17, art. 30.

Les coutumes qui se complétaient par le droit romain admettaient, en général, le sénatus-consulte Macédonien et décidaient, en conséquence, que les fils de famille, même majeurs, ne pouvaient s'obliger pour cause de prêt, et que la nullité de leurs obligations à cet égard pouvait être demandée par leurs pères (1).

(1) En Bourgogne, un arrêt de règlement du 28 juillet 1628 défendit à toutes personnes de prêter de l'argent à des fils de famille, à peine de nullité et d'amende arbitraire, et un autre, du 22 août 1676, ajouta à cette prohibition une amende de 1000 livres contre le notaire qui recevrait le contrat.

TITRE III

CAUSES QUI METTAIENT FIN A LA PUISSANCE PATERNELLE

La puissance paternelle cessait soit par la mort du père, événement qui conférait à son fils la qualité de chef de famille, soit par l'émancipation de celui-ci, soit enfin par sa majorité. Mais cette dernière circonstance n'avait pas pour effet de conférer au mineur devenu majeur une indépendance et une liberté absolues, puisque, soumis à certains devoirs envers ses ascendants, il restait en outre frappé de certaines incapacités.

Quant à la mort de l'ascendant, soit naturelle, soit civile, elle mettait nécessairement fin à la puissance paternelle. Quelques coutumes avaient même, en ce qui concerne la première, une disposition curieuse qu'il importe de rappeler. Celle de Montargis, ch. 7, art. 3, décidait qu'entre roturiers, cette autorité cessait non seulement par le décès du père qui l'exerçait, mais encore par celui de la mère qui n'y avait aucune part, et celle de Bailleul, en Flandre, étendait la règle aux enfans nobles, en exigeant que le mineur, orphelin de père ou de mère, reçût un tuteur qui partagerait la puissance paternelle avec le survivant (1).

(1) Rubr. 12, art. 1. V. aussi les *Cout.* de Vitry. art. 100, 143 ; de Châteauneuf, art. 134 ; de Chartres, art. 103 ; de Dreux, art. 93.

CHAPITRE I

DE L'ÉMANCIPATION

Le droit coutumier distinguait trois sortes d'émancipation : l'une qui s'opérait en vertu de la loi, par la majorité ; nous l'examinerons au ch. II ; l'émancipation expresse ou conventionnelle qui se faisait par le père en présence d'un représentant de l'autorité publique, et l'émancipation tacite, qui résultait soit du mariage de l'enfant, soit de son domicile séparé, soit enfin de son accession à des charges ou à des fonctions de l'Etat.

§ I. *Émancipation expresse*

L'émancipation par acte public ne paraît pas avoir été usitée dans les premiers temps du moyen-âge, quoiqu'on puisse en trouver le germe dans la loi Salique, parce que les descendants des Francs étaient, en général, restés fidèles aux souvenirs germaniques, très favorables à la majorité hâtive. On sait que cette majorité était fixée à douze ans chez les Saliens, et à quinze chez les Ripuaires, les Burgondes et les Visigoths. Quand l'enfant atteignait sa vingtième année, il était réputé capable de porter les armes et par conséquent de se défendre, lui et ses biens. Cependant, en quelques pays, notamment en Normandie, il était nécessaire qu'il se fit alors délivrer des lettres dites de *passé-âge*, et destinées à constater son entrée dans la vie indépendante. Jusque là, on n'eût pas considéré le nouveau majeur comme ayant une capacité complète à l'effet de disposer des choses qui lui appartenaient. La constitution aristocratique de la famille trouvait dans cette formalité un avantage considérable : le père était ainsi

mis en demeure d'examiner si son fils était vraiment apte à se gouverner lui-même et s'il n'y avait pas lieu de provoquer contre lui les mesures propres à retenir entre ses mains les héritages à la conservation desquels on attachait alors tant de prix dans l'intérêt de la lignée.

L'étude du droit romain fournit le moyen de constater la prise de possession anticipée de la liberté par le fils de famille, lorsque son père le reconnaissait capable de ne pas en faire un mauvais usage. Ce mode fut l'émancipation par acte public ou par lettres du prince. L'un des premiers exemples d'une émancipation expresse nous est fourni par le duc de Bourgogne, Hugues IV, qui, en 1272, mit hors de sa puissance le prince Robert, son fils, avant de lui faire une donation de son duché (1). De même, en 1401, le duc de Bourgogne Philippe-le-Hardi, qui venait de faire le partage de ses domaines entre ses trois fils, crut nécessaire de les émanciper afin de leur permettre de jouir de leurs lots (2). On serait disposé à croire que l'émancipation ne pouvait en ce temps s'opérer qu'en vertu d'une autorisation souveraine. En effet, quelques coutumes, telles que celle de Paris, exigeaient des lettres du prince pour sa validité. Il n'en était rien pourtant : les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, art. 1198, se bornent à déclarer que le père peut émanciper son fils « en jugement ou devant tabellion, presens tesmoings, » et l'on rencontre au XIVe siècle un certain nombre d'actes d'émancipation dressés par le magistrat compétent sur la seule déclaration du père, en présence du fils acceptant (3).

(1) Dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. II, p. 36 ; Bouhier, t. I, p. 488. En 1325, le roi Charles-le-Bel autorisa Charles de Valois, son oncle, à émanciper son fils Louis, âgé de sept ans (Ragueau, *Glossaire du droit français*, v° *Emancipez*).

(2) Dom Plancher, *op. cit.*, t. III, p. 181.

(3) *Revue historique du droit français*, t. XIV, p. 532 et suiv.; Coquille, *Instit.*, p. 106. V. d'ailleurs l'arrêt du conseil du roi, du 13 août 1703 (Guyot, *Répert.*, v° *Emancipation*).

L'émancipation avait lieu devant un juge, dans les derniers temps devant les officiers des bailliages, en présence desquels le père, frappant l'enfant sur la joue, ou le tenant à la main, déclarait le mettre hors de sa puissance et en pleine possession de ses droits (1). Le cérémonial était parfois symbolique et plus expressif encore. L'émancipant rompait un morceau de pain et en donnait un fragment à son fils, pour indiquer qu'il le mettait, selon le langage coutumier, *hors de pain et de pot*. « Tenez, disait-il, je vous mancipe de mes biens mobles et heritaiges présens et advenir, et de mes maulx et debtes auxi, et vous en desvey, et ne veulx que en aulcune menière vous y prenez ne metctez, mas vuille que vous faciez et pensies faire vostre mieux, et je le mien sy come bon nous sembleray (2). » Cette curieuse formule est la révélation de tout un système. L'enfant *hors de celle*, c'est-à-dire hors du domicile paternel, était exclu de la succession de son père par ceux qui avaient continué d'habiter avec celui-ci, conformément à la loi romaine (3). L'émancipé perdait donc son droit sur l'héritage paternel, auquel il était présumé avoir renoncé en quittant le toit domestique et en se mariant, s'il se trouvait en concurrence avec des frères ou des sœurs non mariés ou non émancipés (4). Postérieurement au XIVe siècle, l'émanci-

(1) Bouhier, t. 1, p. 491 ; Du Cange, *Glossaire*, v° *Emancipatio*.

(2) Acte du 31 déc. 1370. (Simonnet, *op. cit.*, p. 535.)

(3) *Instit.*, § 9, *de hœredit. quœ ab intestato*.

(4) Cet usage, suivi à Paris d'après Des Mares et Chopin, est indiqué par les coutumes de Troyes, art 5. et de Chaumont, art. 3. Il s'appliquait en Bourgogne aux filles qui avaient été dotées par leurs père et mère et qui se trouvaient en présence de frères (*Des costumes esprovées à Dijon*, Bouhier, t. I, p 190.) Mais quand la famille ne se composait que de filles, elles venaient toutes au partage de la succession de leurs ascendants, à la charge de rapporter ce qu'elles avaient reçu en mariage. (V. *Cout.* de Bourgogne, tit. VII, art. 21)

pation qui excluait l'émancipé de la succession paternelle, n'eut d'autre effet que de faire cesser l'usufruit du père sur les biens de son enfant et de rendre celui-ci capable de s'obliger sans le consentement de son ascendant.

Pour compenser cette exhérédation indirecte, le père faisait souvent, *in præmium emancipationis*, une donation à l'enfant qu'il émancipait dans l'acte même qui constatait l'affranchissement de la puissance paternelle. Le don était devenu en quelque sorte une clause essentielle du contrat, car parfois il était d'une très faible importance, une émine de froment par exemple (1). Mais, peu à peu, la libéralité disparut des actes d'émancipation, et sa disparition coïncide précisément avec celle de l'incapacité de succéder dont était originairement frappé l'enfant qui vivait hors de la maison paternelle.

L'émancipation ne pouvait originairement avoir lieu, sauf dans le Berry et à Montargis, par devant notaire, conformément à la loi romaine, si ce n'est lorsqu'elle était effectuée dans un contrat de mariage (2). Mais l'usage de plus en plus fréquent de l'émancipation amena un certain relâchement à cet égard, et plusieurs tribunaux validèrent des actes de cette nature dressés par d'autres officiers que des juges.

L'émancipation devait être pure et simple, indéfinie, c'est-à-dire non restreinte à une capacité particulière ou à un genre d'acte, par exemple à la faculté de tester, bien que certains auteurs aient admis, sous le nom d'*habilitation*, une émancipation *ad hoc*, qui avait seulement pour effet d'autoriser l'enfant à jouir du revenu de ses biens, ou à

(1) Simonnet, *op. cit.*, p. 533.

(2) *Cout.* du Poitou, du Hainaut, de Valenciennes, de Lorraine, de Metz, de la châtellenie de Lille, d'Epinal, de Clermont en Argonne. Jurispr. conforme des parlements d'Aix, de Bordeaux, de Toulouse, de Besançon, de Grenoble.

faire un acte particulier, comme le retrait lignager, sans mettre fin à la puissance paternelle (1) ; elle devait être acceptée par l'émancipé ; mais quelques coutumes n'exigeaient pas sa présence (2), et la jurisprudence tendait même à valider les actes où le père n'avait comparu que par procureur. Enfin elle pouvait avoir lieu à tout âge, sauf sous les coutumes de Flandres et du Hainaut, qui ne l'autorisaient pas avant 18 ans. Quand l'émancipé était mineur, le père continuait d'administrer ses biens, à défaut de nomination d'un tuteur ou d'un curateur chargé de cette administration ; en Normandie, les enfants mâles seuls pouvaient obtenir le bénéfice de l'émancipation, qui se conférait, comme on l'a vu, dans cette province par lettres du prince, que vérifiait d'abord la famille et qu'homologuait ensuite la justice. Les femmes n'étaient point admises à solliciter ces lettres ; la fille mariée avant vingt ans passait du pouvoir de son père sous l'autorité non moins rigoureuse de son mari (3).

Dans plusieurs cas, le père pouvait être contraint d'émanciper ses enfants. Il en était ainsi : 1° quand on lui faisait un legs accepté par lui sous cette condition ; 2° lorsqu'il les maltraitait avec excès ; 3° lorsqu'il corrompait leurs mœurs et les engageait à la débauche ; 4° lorsqu'il les abandonnait et leur refusait des aliments (4).

L'enfant émancipé par la volonté expresse de son père ne pouvait plus retomber sous sa puissance, si ce n'est lorsqu'il donnait des marques certaines d'ingratitude, cas qu'un commentateur de l'une de nos principales coutumes dit un peu témérairement ne s'être jamais présenté (5).

(1) Faber, Chasseneuz, Ragueau, Dumoulin, Taisand; arrêt du parlement de Bourgogne, du 24 août 1647 ; acte de notoriété du parlement d'Aix, du 26 juin 1722.

(2) *Cout.* de Berry, tit. I, art. 5 ; de Montargis, ch. 7, art. 8

(3) Règlement du parl. de Rouen de 1666, art. 40.

(4) V. cependant Bouhier, t. I, p. 496.

(5) Bouhier, *ibid.*, p. 497.

J'ai dit tout à l'heure que les parents du mineur pouvaient, lorsqu'ils le jugaient capable d'administrer ses biens, abréger le temps de sa tutelle en provoquant des lettres du prince entérinées par le juge, et qui opéraient son émancipation. Dans ce cas, le juge, sur l'avis des parents, devait lui nommer un curateur, qui l'assistait de ses conseils dans les affaires extrajudiciaires et de sa présence dans les instances où il se trouvait engagé. Faute de cette présence, la procédure était nulle. C'était la sanction de l'obligation de nommer un curateur.

§ 2. *Émancipation tacite*

L'émancipation n'était pas nécessairement expresse et conventionnelle; elle pouvait également être tacite. En ce cas, elle résultait de plusieurs circonstances, du mariage, de l'habitation séparée, de l'exercice d'une fonction ou d'un office public.

A. *Mariage.* — Contrairement aux principes de la jurisprudence romaine, un certain nombre de pays de droit écrit admettaient, depuis le XVIe siècle, que le mariage mettait fin à la puissance paternelle. Il en était ainsi dans ceux qui ressortissaient au parlement de Paris (1).

Les coutumes des villes de Montpellier et de Toulouse décidaient également que le fils et la fille auxquels leur père faisait une donation à cause de noces ou une constitution dotale étaient émancipés. Dans le ressort du parlement de Besançon, au contraire, on tenait que le mariage n'affranchissait pas les enfants mâles de la puissance paternelle (2). En Bretagne, l'union conjugale avait pour effet d'émanciper l'enfant, mais seulement en ce sens qu'il pouvait administrer ses biens et en percevoir les re-

(1) Charondas, *Pandectes*, liv. 2, ch. 4. V. aussi *Cout.* de Paris, art. 239; du duché de Bourgogne, tit. IV, art. 1, et Revel, *Usages de la Bresse*, p. 282, pour la Bresse chalonnaise seulement.

(2) *Cout.* de Franche-Comté, art 24, et Boivin, sur cette cout.

venus (1). Dans le Bourbonnais, l'art. 166 de la coutume, apportant une restriction à cette émancipation de plein droit, permettait au père de famille de se réserver dans le contrat de mariage l'exercice de la puissance paternelle, et l'art. 2 de celle de Saintonge exigeait que le fils de famille eût 21 ans, s'il était noble, 25, s'il était roturier, au moment de la célébration de l'union, et qu'il vécût hors de la maison paternelle. Partout ailleurs, en pays coutumier, le mariage émancipait soit les fils, soit les filles (2). Bien que la question fût controversée, il était généralement admis que l'enfant devenu veuf ne retombait pas dans les liens de la puissance paternelle dont son mariage l'avait affranchi (3).

B. *Habitation séparée. — Feu et lieu font émancipation,* disait Loysel. En d'autres termes, la puissance paternelle cessait lorsque l'enfant avait une habitation distincte de celle de son père et un ménage séparé, lorsqu'il devenait « chef d'hostel. » C'était en vertu de ce principe constant que le droit coutumier avait admis l'émancipation par le mariage, à laquelle il répugnait peut-être à l'origine, car on rencontre encore au XIV[e] siècle des actes qui démontrent que le fils marié avait besoin de l'autorisation de son père pour s'obliger (4). Le mariage n'était d'abord réputé émanciper que parce qu'il entraînait ordinairement la sortie du fils de la maison paternelle et le choix d'une résidence particulière.

(1) *Cout.* de Bretagne, art. 527 et 528.

(2) *Chartes générales* du Hainaut, ch. 94, art. 6; *cout.* de Valenciennes, art. 27; de Cambrai, tit. VI, art. 1; de Douai, ch. 7, art. 2; de Lorraine, tit. I, art. 15; du Bassigny, art. 42; d'Orléans, art. 180; de Montargis, ch. 7, art 2 et 6; du Berry, tit. I, art. 3; du Nivernais, ch. 23, art. 1; d'Auvergne, tit. XIV, art. 2; de Dreux, art. 54; de Metz, tit. I, art. 4; de Châlons, art. 7; de Reims, art. 6; de Lille, ch. 4, art. 2.

(3) D'Argentré, *ad consuet. Britanniæ*, art 40; *Cout.* du Bourbonnais, art 156; de la Marche, art, 298; du Hainaut, *loc. cit.*

(4) Simonnet, *op. cit.*, p. 536.

Ce mode d'émancipation pouvait en principe, ce semble, être employé à tout âge, autant au moins que le comportait la force physique de l'enfant, car la plupart des plus anciennes coutumes ne fixent aucune limite (1). Cependant les usages primitifs de Bourgogne indiquaient l'âge de 14 ans. « Les enfans de quatorze ans puet estre ses sires et ester en jugement, se il tient feu et lieu, jà soit ce que son père vive (2). » Ils avaient ainsi adopté la disposition du droit romain, qui fixait la limite de l'âge de pupillarité à 14 ans pour les mâles et à 12 pour les filles, et cette prescription passa dans le texte de la coutume postérieure (3). La coutume de Bordeaux exigeait toutefois que l'enfant non marié et vivant séparé depuis un an et jour eût atteint sa vingt-cinquième année.

La séparation d'habitation procurait-elle l'émancipation *hic et nunc*, ou seulement après un certain délai ? Quatre opinions s'étaient formées à cet égard : l'une se contentait d'une séparation immédiate, quelque courte qu'elle fût, pourvu qu'elle eût lieu avec l'intention d'être définitive; une autre exigeait un an et un jour d'habitation distincte, ce qu'admettaient quelques coutumes (4); une troisième voulait vingt ans et la dernière dix seulement. Celle-ci était généralement admise par la jurisprudence des pays de droit écrit, à Toulouse, à Aix, à Besançon même, à moins que les usages locaux ne laissassent la fixation de la durée à l'arbitrage du juge (5).

Il était bien entendu, d'ailleurs, que la séparation d'habitation n'émancipait le fils que lorsqu'elle était entiè-

(1) *Cout.* du Beauvoisis, ch. XXI, § 20 et 21.

(2) *Anciennes coutumes*, tit. III, art. 18.

(3) *Cout.* de Bourgogne, ch. 6, art. 3.

(4) *Cout.* du Poitou, art. 312 ; de Bordeaux, art. 2 ; d'Angoumois, art. 120 ; de Saintonge, art. 2.

(5) V. La Roche-Flavin, tit. XXXIV, art. 1 ; Vedel sur Catellan, liv. 4, ch. 51 ; Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 2, ch. 8 ; *Commentaire* de Buridan.

rement libre de sa part et que le père ne s'y opposait point. L'émancipation par domicile séparé était tombée en désuétude à la fin du xviii° siècle.

C. *Accession aux fonctions publiques.* — L'épiscopat émancipait le fils de famille revêtu de cette dignité (1). Quelques coutumes attribuaient le même effet à la prêtrise, mais elle étaient isolées, bien qu'on pût ranger le sacerdoce dans les offices *honorables*, qui procuraient de plein droit l'émancipation (2). Quant aux charges de judicature dans les cours souveraines, elles ne jouissaient de ce privilége qu'à la condition d'être inamovibles ou du moins d'une durée illimitée.

D. *Autres causes.* — Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine admettaient encore d'autres cas d'émancipation tacite, tels que le bannissement du père pour crime et sa captivité en pays ennemi. Mais elles n'étaient pas suivies sur ce point par les autres coutumes.

§ 3. *Effets de l'émancipation*

L'émancipation donnait au mineur le droit de disposer de ses meubles et de ses revenus, mais non d'aliéner ses immeubles. Le mineur pouvait faire seul des baux, recevait valablement les fermages échus et en donnait décharge, ainsi que de tous les capitaux qui lui étaient dus; il pouvait s'obliger, pourvu que son obligation n'excédât point les produits de ses biens, sinon il était restituable; il pouvait recevoir, avec l'assistance de son curateur, le compte de sa tutelle, nais non toucher le reliquat et en donner quittance, bien qu'il s'agit seulement d'un capital mobilier. Il avait également besoin d'un tuteur *ad hoc* pour recevoir le remboursement d'une rente constituée, ce qui ne rentrait pas dans les actes de simple administration

Duranti *Speculum*, quæst. 21, n° 16.

(2) *Cout* du Nivernais, ch. 22, art. 2; de Metz, tit I, art. 4; de Gorze, tit. I, art. 28.

permis, et pour accepter ou répudier une succession, encore bien qu'elle ne comprît que des meubles, parce qu'une universalité de meubles avait un caractère immobilier. Il lui était aussi défendu de donner décharge de revenus à échoir ou d'en faire cession. Enfin l'émancipé par lettres ne pouvait ester en jugement, soit comme demandeur, soit comme défendeur, sans l'assistance d'un curateur, prohibition qui ne s'étendait pas à l'émancipé par mariage, réputé père de famille. Ce dernier avait néanmoins besoin d'être assisté d'un tuteur *ad hoc* pour entendre le compte de sa tutelle. Quant à l'émancipé par la possession d'un office ou d'un bénéfice, sa capacité étant restreinte aux actes relatifs à sa charge, l'assistance d'un curateur lui était indispensable dans toutes les instances où il ne s'agissait point de ces actes.

CHAPITRE II

DE LA MAJORITÉ

On sait que le droit romain distinguait les impubères et les pubères mineurs de 25 ans. A 14 ans pour les hommes, à 12 ans pour les femmes, le mineur atteignait l'âge de puberté et acquérait le droit d'administrer ses biens, de se marier, de tester. Mais il ne pouvait librement disposer de ses biens qu'après avoir atteint sa 25ᵉ année. C'était la véritable majorité.

Elle fut conservée par les Gallo-Romains après la chûte de l'empire. Mais les lois barbares en introduisirent, à l'usage des vainqueurs, une autre plus hâtive qui correspondait au développement physique jugé nécessaire pour que l'enfant pût se suffire à lui-même. La loi Salique la fixa à douze ans, et celle des Ripuaires à quinze, comme

la loi Burgonde. C'était l'*œtas legitima*. A partir de ce moment, le jeune homme était à la fois affranchi du *mundium* et de la tutelle ; la jeune fille échappait bien à la tutelle, mais demeurait sous la protection et la surveillance de son père, ou, à son défaut, sous celle du plus proche parent paternel.

L'invasion du régime féodal vint plus tard modifier la législation sur ce point. Les armes étant devenues plus pesantes, le service militaire plus pénible, l'âge où l'adolescent put combattre se trouva retardé : il fut généralement fixé à vingt ans accomplis, ou à vingt-un ans commencés. La majorité féodale fut en conséquence reculée jusqu'à cette époque pour les hommes (1). Quant aux femmes, elle fut en général fixée à quinze ans, parfois à onze ou douze (2).

Mais cette majorité n'était applicable qu'aux nobles possédant fiefs. C'était la majorité féodale : il en existait une autre pour les roturiers ou qui permettait de disposer des biens qualifiés tels, et à laquelle je donnerai le nom de civile. « Enfants de pooste, dit Jean Des Mares, décis. 249ᵉ, sont âgiés à quatorze ans, puisqu'ils sont mâles, et les pucelles sont âgiées à douze ans ; mais ceux qui sont nobles sont âgiés à vingt et un ans, quant à choses nobles et feudataires ; et quant à celles qui sont tenues en villenage, à quatorze ans. » L'art. 444 de la coutume d'Anjou et l'art. 455 de celle du Maine renferment une disposition semblable; qu'ils soient nobles ou non, ceux qui possèdent

(1) *Cout.* de Paris, art. 32; de Bretagne, art. 483; d'Anjou, art. 86 ; de Normandie, art. 198 ; d'Orléans, art. 24 ; de Chartres, art. 42 ; de Dreux, art. 31. Quelques coutumes néanmoins admettaient que la majorité feodale était acquise à quinze ans, comme celles de Vitry, art. 65, du Boulenois, art. 77, du Ponthieu, art. 58, du Beauvoisis, XV, 30, ou à quatorze, comme celles de Reims, art. 113 et 332, d'Artois, art. 154, du duché de Bourgogne, tit. VI, art. 4, du Nivernais, tit. IV, art. 5.

(2) D'Arbois de Jubainville, *Recherches sur la minorité et ses effets dans le droit féodal français*, p. 74 et suiv.

des fiefs ne peuvent en jouir et en disposer qu'à vingt ans accomplis pour les mâles et à quatorze pour les filles. Quant aux biens roturiers, leurs possesseurs purent aliéner les meubles à quatorze ans, mais ils durent attendre vingt ans, pour vendre les immeubles.

La majorité féodale mettait fin à la garde noble ; la majorité roturière ou coutumière à la garde bourgeoise. On ne tarda pas à s'apercevoir que les adolescents n'étaient réellement aptes à accomplir les actes de la vie civile que longtemps après quatorze ou douze ans, et, partant de ce principe déjà reconnu par les anciennes coutumes du Maine et de l'Anjou, on recula leur capacité, même en ce qui concerna les roturiers. Ce mouvement de recul s'opéra surtout lors de la rédaction des coutumes. Celles du Berry, tit. I, art. 3, du Nivernais, ch. xxx, art. 6, 8 et 9, de Bretagne, art. 483 du texte réformé en 1580, d'Orléans, art. 182 de la coutume révisée en 1582, portèrent à vingt-cinq ans le terme de l'administration légale et de la tutelle légitime des père et mère. La coutume d'Auvergne, rédigée en 1510, dit expressément dans son chap. XIII, art. 1er : « Combien que par cy devant dans la coustume du pays coustumier d'Auvergne, le masle aagé de quatorze ans et la fille de douze ans accomplis fussent réputés d'aage parfait pour ester en jugement, faire et passer tous contrats, comme majeurs de vingt-cinq ans, néantmoins les estats du pays ont consenti et consentent ladite coustume estre abrogée et le *droit commun* en ce avoir lieu, pour raison des inconvénients qui par cy devant s'en sont ensuivis et obvier à ceux qui pourroient ensuivre. »

Le *droit commun* dont il est ici parlé, c'est le droit romain. Les pays coutumiers cédèrent presque tous sur ce point à la sagesse de la loi de Rome, même ceux dans lesquels, comme à Reims, à Sedan, à Metz, à Châlons, la puissance paternelle cessait de s'exercer à vingt ans. On peut affirmer que dans l'immense généralité des provinces

du Nord, de l'Est et de l'Ouest de la France, l'ancienne majorité roturière disparut pour faire place à la majorité de vingt-cinq ans. Quand le texte des coutumes ne le déclara point, la jurisprudence l'admit grâce aux efforts de Dumoulin, de Brodeau et de quelques émules de ces jurisconsultes qui professaient que le majeur coutumier, mineur de vingt-cinq ans, devait être protégé par la *restitutio in integrum* contre ses engagements téméraires, toutes les fois qu'il avait été lésé. On le décida ainsi dans l'Anjou et dans le Maine, à Paris, en Artois, en Bourbonnais, à Lille, où cependant la coutume déclarait « l'enfant mâle *âgé* à 18 ans et la femelle à 15 ; » on le décida en Lorraine, à Metz, à Amiens, à Valenciennes, dans le Hainaut. En 1717, le grand conseil du roi reconnaissait dans un arrêt que la jurisprudence était établie sur ce point. La majorité coutumière ne fut plus qu'une sorte d'émancipation légale qui donnait le droit d'administrer ses biens, de disposer de ses meubles et d'ester en jugement, mais qui n'excluait pas le bénéfice de restitution, en cas de lésion. Elle ne conférait donc qu'une capacité incomplète. La majorité de vingt-cinq ans donna seule le droit de faire tous les actes de la vie civile, et de contracter toutes sortes d'engagements valables, sans possibilité de restitution. Elle fut désormais la majorité parfaite dans toute la France. Une province unique, qui se singularisait déjà par l'adoption d'un régime matrimonial particulier, la Normandie maintint obstinément, en les exagérant même, les vieilles dispositions des coutumes du Maine et de l'Anjou. L'art. 38 des *Placités* normands de 1666 disait : « Toute personne, née en Normandie, soit mâle ou femelle, est censée majeure à vingt ans accomplis, et peut, après ledit âge, vendre et hypothéquer ses biens, meubles et immeubles, sans espérance de restitution, sinon pour les causes suivant lesquelles les majeurs peuvent être restitués. » Comme le statut qui règle la ma-

jorité coutumière était, de l'aveu général, un statut personnel, il en résultait qu'un normand d'origine pouvait disposer à vingt ans de ses immeubles dans tout le royaume, quand d'autres coutumes, telles que celles d'Amiens, art. 135, et du Boulenois, art. 119, déniaient absolument ce droit à tout mineur de 25 ans, et que la plupart des autres admettaient jusqu'à ce dernier âge la rescision pour cause de lésion.

Ainsi, en France, jusqu'au code civil, on peut affirmer que, à part la Normandie, toutes les provinces, soit de droit écrit, soit de droit coutumier, s'accordaient pour n'attribuer la plénitude des droits civils qu'aux personnes majeures de vingt-cinq ans, qui n'étaient point soumises à la puissance d'un mari, ou qui n'étaient pas interdites à raison de leur démence ou de leur prodigalité.

Notre ancien droit admettait toutefois une autre exception à cette règle presque universelle. Cette exception résultait de l'ordonnance de 1673 sur le commerce, dont l'art. 6, tit. 1er, disait : « Tous négociants ou marchands en gros ou en détail, comme aussi les banquiers, seront réputés majeurs, pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués, sous prétexte de minorité. » Cette ordonnance s'appliquait également aux artisans et ouvriers qui étaient réputés majeurs pour les actes de leur métier ou profession. Mais la présomption de majorité ne s'étendait pas au delà des faits relatifs au négoce ou à l'industrie (1).

La coutume de Paris, art. 272, permettait en outre au mineur qui se mariait ou qui avait obtenu des lettres de bénéfice d'âge entérinées en justice de disposer de ses meubles par donation entre vifs, lorsqu'il avait vingt ans accomplis. De même, l'art. 293 autorisait le majeur de vingt ans à disposer par testament de ses meubles, acquêts

(1) *Cout.* de Paris, art. 235 ; de Bourgogne, tit. 4, art. 1.

et conquêts immeubles. Mais ces dispositions spéciales ne changeaient pas la condition des mineurs et ne leur conféraient pas pour les autres actes une capacité qui était strictement limitée à ces libéralités par donation ou par testament.

L'état de majeur ou de mineur dépendait, comme je l'ai dit plus haut, de la loi de la naissance. Il en résultait que le changement de domicile, opéré par le tuteur ou même par le père, ne pouvait avancer ou reculer l'époque où l'adolescent acquérait la plénitude de la capacité civile. La coutume du lieu où il avait reçu le jour lui imprimait une marque indélébile; elle réglait définitivement sa condition à cet égard et fixait l'âge auquel il devenait capable de contracter. Par suite, un majeur de 20 ans, né à Valenciennes, où cet âge ne donnait qu'une majorité imparfaite, pouvait se faire restituer contre l'aliénation d'un immeuble qu'il possédait en Normandie, bien que, dans cette dernière province, on pût faire une vente immobilière après la vingtième année accomplie. En revanche, le normand âgé de plus de vingt ans ne pouvait exercer l'action en rescision pour cause de lésion au sujet de l'aliénation d'immeubles situés à Valenciennes. Celui qui était né à Senlis, où l'on n'était majeur qu'à 25 ans, ne pouvait vendre des héritages sis en Anjou, où la majorité était acquise à 20 ans. Mais la coutume qui laissait subsister l'état de minorité, tout en permettant l'aliénation des immeubles sous le bénéfice de la restitution, était réelle, parce qu'alors on devait considérer la loi de la situation des biens et non celle de la naissance du vendeur. Ainsi le mineur né en pays de droit écrit, où il était défendu de vendre ses biens avant 25 ans, avait le droit de disposer, à vingt ans, de ceux qu'il possédait à Valenciennes, où il pouvait à cet âge aliéner, sauf restitution.

Quant à la majorité féodale, qui était simplement une capacité spéciale, restreinte aux devoirs du fief, comme elle dérivait d'un statut réel, elle était déterminée par la coutume du lieu où le fief était situé.

TITRE IV

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE

CHAPITRE PREMIER

DE LA MINORITÉ

Dans une acception générale, le terme de mineur s'appliquait à toute personne qui, n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, était présumée n'avoir pas un discernement assez sûr pour gouverner sa personne et ses affaires. Il comprenait par conséquent et le fils de famille placé sous la puissance de son père et le pupille, le *sous-âgé*, placé sous la garde de son tuteur. Quelques coutumes, comme celle d'Auvergne, le réservaient cependant pour désigner plus spécialement l'adolescent pubère, âgé de 14 ans ou de 12 ans, selon le sexe, mais qui n'avait pas encore atteint sa vingt-cinquième année.

L'état de minorité entraînait certaines incapacités qui étaient moins une infériorité pour la personne qu'un véritable privilége concédé à la faiblesse de l'âge. Cette remarque explique la doctrine et la jurisprudence à ce sujet.

« Le sous-âgé, dit Loysel, n'a ni voix ni répons en cour. » En d'autres termes, il ne pouvait au civil ester en jugement soit comme demandeur, soit comme défendeur, sans l'assistance d'un tuteur ou d'un curateur. Au criminel même, l'autorisation de celui-ci lui était néces-

saire pour intenter une action, mais non pour y défendre. A l'origine, pendant plusieurs siècles, on suspendait le jugement des causes réelles intéressant les mineurs jusqu'à ce qu'ils eussent atteint l'âge de 20 ans pour les nobles et celui de 14 pour les roturiers. Par suite, ni les *sous-âgés*, ni leurs gardiens ou baillistres ne pouvaient introduire une action civile ni y défendre, au pétitoire. Cela venait de ce que le mineur ne pouvait soutenir ses droits par le duel judiciaire. D'après l'ancienne coutume de Normandie, ch. 43, cette règle comportait une exception en cas de *loi outrée*, c'est-à-dire lorsque le procès pouvait se juger par enquêtes ou par *brief*, sommairement, en matière possessoire. En 829, un capitulaire de Louis-le-Débonnaire restreignit cette suspension de l'action civile intentée par le mineur ou dirigée contre lui aux seuls procès qui concernaient la succession légitime de ses parents (1). Dans tous les autres cas, le père ou l'un des proches du mineur était tenu de le représenter. Il en fut ainsi, au moins au pétitoire, jusqu'au XIVe siècle (2). Mais ce privilége fut complètement aboli en 1330 par Philippe de Valois qui ordonna de pourvoir le mineur d'un curateur à fin de plaider, dans toutes les causes, même lorsqu'il était héritier. Dans le ressort du parlement de Paris, le gardien était formellement exclu de la curatelle *ad litem*, malgré le texte de la coutume (3). Ainsi, le mineur ne conserva plus la possession de la chose litigieuse, ce qui était fort onéreux pour les tiers. Cette assistance d'un curateur était elle-même au surplus un privilége : son défaut ne rendait pas la demande du

(1) Baluze, *Capitulaires*, t. I, col. 670, add. 4, cap. 118.

(2) Fontaines, *Conseil à un ami*, ch. XIV, nos 2 et 3; Beaumanoir, ch. 3 et 17; *Grand Coutumier de France*, liv. II, ch. 42; Boutillier, liv. I, tit. 93; *Etablissements de St-Louis*, liv. I, ch. 7; *ancien style du parlement*, ch. 17, § 2.

(3) *Cout.* de Paris, art. 271; arrêt de 1498.

mineur absolument nulle : l'instance introduite en l'absence d'un représentant légal était valide si elle avait pour objet de rendre meilleure la condition du *sous-âgé*, pourvu qu'il fût pubère (1).

C'était pour la même raison que « le mineur n'avait ni bail, ni tutelle d'autrui (2). » Celui qui ne pouvait contracter pour lui-même ne pouvait contracter pour autrui. *Minor minorem custodire non debet* (3). Cependant, dans la coutume de Paris, où la garde n'était pas jointe à la tutelle, il suffisait, pour être gardien, d'avoir la majorité féodale.

Le mineur était restituable contre tous les actes qui lui portaient préjudice. « En quelconque manière que le pupille ou le mineur soit desceu, disaient les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, art. 234, il a demande d'entière restitucion ; touteffoiz o cognoissance de cause. Et conviendroit prouver des choses de quoy il fut deceu et qu'il étoit en moindre aage. » Ce principe était emprunté à la loi romaine. Non seulement il pouvait être relevé de ce qu'il avait fait à son détriment, mais encore il pouvait l'être de ce qu'il avait omis de faire, dans le cas où son omission était réparable. L'action en rescision pour cause de lésion lui était accordée, même contre un mineur comme lui. Pour éviter qu'il trompât sur son incapacité les personnes avec lesquelles il contractait, il était défendu aux notaires d'insérer dans les contrats la mention qu'il avait déclaré être majeur (4). Il ne pouvait faire de donations entre vifs, même avec l'assistance de son tuteur, parce qu'une libéralité supposait toujours la lésion. Toutefois, d'après la coutume de Paris, art. 272,

(1) Arrêt du parlement de Paris, du 3 juin 1685.

(2) Loysel, *Instit. coutum.*, liv. I, tit. IV, règl. 9 ; *Cout.* d'Anjou, art. 86, 95, 98 ; du Maine, art. 111 ; de Touraine, art. 547.

(3) *Fleta*, I, cap. 10.

(4) Brodeau sur Louet, lettre M, ch. 7.

il était autorisé à disposer de ses meubles, quand il avait vingt ans accomplis et qu'il était émancipé soit par le mariage, soit par des lettres du prince entérinées (1). De plus, la prohibition souffrait exception pour les donations faites entre futurs époux par contrat de mariage, pourvu que les avantages stipulés fussent proportionnés à l'utilité que les mineurs retiraient de l'union conjugale. Mais l'exception ne s'étendait pas aux donations d'immeubles faites aux enfants à naître. On discutait la question de savoir si le mineur pouvait accepter une donation sans l'assistance de son tuteur, et, malgré l'opinion de Ricard et de Furgole, qui se prononçaient pour la négative, plusieurs jurisconsultes inclinaient au sentiment opposé, parce que le mineur était, en principe, capable de faire tous les actes qui lui étaient avantageux.

Les mineurs pouvaient former leur action en restitution pendant dix ans après leur majorité, c'est-à-dire jusqu'à trente-cinq ans accomplis (2). La prescription trentenaire ne courait point contre eux d'après les coutumes de Paris, art. 118, d'Auxerre, art. 183, de Melun, art. 171, de Lille, art, 68, et les interprètes de celle de Bretagne (3); en Bourgogne, depuis un arrêt du 27 mars 1724, qui trancha une longue controverse, elle n'avait point cours pendant la pupillarité, comme en droit romain, mais seulement depuis la puberté contre les mineurs qui pouvaient se faire restituer après leur majorité. Quant aux prescriptions coutumières ou *statutaires*, le mineur y était sujet comme le majeur, sans espérance de restitution, sauf son recours contre son tuteur. Ainsi celui qui laissait passer l'an et jour sans exercer un retrait lignager n'y était plus recevable (4).

(1) V. *supra*, tit. III, ch. II.

(2) Ord. de 1510, art. 46; ord. de 1535 et de 1539, art. 134. V. du reste *infra*.

(3) V. aussi l'ord. de 1667, art. 16, tit. *de l'exécution des jugements*.

(4) Brodeau sur Louet, lett. R, som. 7. V. aussi *Coutumes d'Anjou et du Maine* publiées par M. Beautemps-Beaupré, t. III, p. 470, art. 354 de la coutume de 1463.

Le mineur ne pouvait faire « compaignie » ou être associé par communauté de vie malgré lui. Il « ne fait chief de compaignie en communité s'il ne luy plaist, » disait l'art. 394 des coutumes d'Anjou et du Maine, de 1463. A sa majorité seulement, il avait le droit de déclarer s'il entendait reprendre les biens apportés par lui dans la société ou accepter la communauté avec celui dans le domicile duquel il avait vécu et qui avait « gouverné » ses propriétés. Cette option fut momentanément supprimée lors de la réformation des coutumes d'Anjou et du Maine, puis rétablie par la jurisprudence.

CHAPITRE II

DE LA TUTELLE

Dans notre ancien droit, on pouvait définir la tutelle le droit attribué à quelqu'un par une autorité publique de gouverner la personne et les biens d'un mineur, réputé incapable d'administrer par lui-même et de conserver les biens qu'il a acquis. La tutelle s'ouvrait à la dissolution du mariage.

Sans doute, la gestion des biens du mineur était assurée par la garde noble pour les fiefs et par la garde bourgeoise pour les propriétés roturières. Mais si, à défaut de sa mère ou de son frère ainé, la protection de l'enfant avait été abandonnée à des parents éloignés, baillistres de ses biens, sa vie aurait pu être en péril, puisque ceux-ci, appelés à lui succéder en cas de mort, avaient intérêt à le voir disparaître. C'est pourquoi plusieurs coutumes avaient dédoublé le *bail* : à côté du *bail* des biens, elles avaient organisé celui de la personne. En étudiant la condition des biens, nous verrons ce qu'était le premier : le second

constituait la tutelle. Celle-ci était instituée au profit du pupille contre le gardien ; celui-là était au contraire créé au profit du gardien contre le pupille (1). Ainsi se trouvaient conciliés des intérêts contradictoires.

§ I. *Combien y avait-il de sortes de tutelles ?*

A la différence des pays de droit écrit, qui admettaient trois espèces de tutelle, la légitime, la testamentaire et la dative, les coutumes n'en reconnaissaient, en général et notamment à Paris, qu'une seule, celle que conférait le juge (2). Cependant quelques-unes autorisaient le père à désigner par testament un tuteur à ses enfants mineurs (3); mais ce tuteur devait être confirmé par la justice, sur l'avis du conseil de famille (4). D'autres, comme celle d'Orléans, admettaient, par exception, une sorte de tutelle légitime, déférée à l'époux survivant (5), ou aux autres ascendants qui la prenaient, sous le nom de garde ou de *bail*, à défaut ou sur le refus de celui-ci (6). D'après

(1) *Cout.* d'Anjou, art, 88, 89, 506 ; de Bretagne, art. 518 ; de Normandie, tit. I, art. 5; Bourthors, *Cout. loc. du bailliage d'Amiens*, t. I, p. 110; Warnkœnig et Stein, *Franz. Staats-und-Rechtsgeschichte*. t. II, p. 277. 278; Beaumanoir, t. I, p. 103. 248, édit. Beugnot. — Dans le Beauvoisis, l'Anjou, le Maine et la Touraine, au XIII[e] siècle, le double bail était spécial aux familles nobles.

(2) Pocquet de Livonnière, *Règles de droit français*, tit. II, 21 ; Arrêtés de Lamoignon, tit. des *tutelles*, ch. 1 et 2.

(3) *Cout.* du Bourbonnais, art. 177 ; d'Auvergne, ch. 11, art. 1; d'Auxerre, art. 258 ; de Bretagne, art. 474 ; du Nivernais, ch. *des tutelles*, art. 1 ; de Reims. En Bourgogne même, à la différence de la vieille loi burgonde (*Les Burg.*, tit. LIX, LXXXV, § 1), qui déférait la tutelle au plus proche parent, en vertu de la loi, la coutume (tit. VI. art. 4, 5, 6 et 7) admettait les trois espèces de tutelles romaines.

(4) *Cout.* de Reims. art. 329 ; du Nivernais, art. 4 ; de Châlons, art 9 ; de Vitry, art. 64 ; d'Amiens, art. 133 ; du Maine, art. 101 ; d'Anjou, art. 88 ; d'Auvergne, art. 12 ; de Blois, art. 7 ; Duret, *Alliance des coutumes*, tit. XVI, art. 120.

(5) *Cout.* d'Anjou, art. 85 et 88 ; du Maine, art. 98 et 101; d'Artois, art. 156 ; du Bourbonnais. art. 178. Il en était ainsi à Lille et dans le Brabant (Stokmans, *décis.* 117).

(6) La coutume d'Orléans l'attribuait non seulement aux ascendants nobles ou roturiers, mais même aux collatéraux nobles, et aux femmes, à défaut de mâles.

les anciennes coutumes de Bourgogne, modifiées sur ce point lors de la réformation, les frères aînés, peut-être les sœurs, avaient même l'*avouerie* ou la tutelle des mineurs, de préférence au père ou à la mère (1). C'était déjà la disposition des *Etablissements de St-Louis* qui, par dérogation aux vieux usages germaniques, n'appelaient la mère aux fonctions de tutrice qu'à défaut du frère aîné (2). De même, la coutume de Normandie, art. 237, déclarait celui-ci tuteur *naturel* et *légitime* de ses frères et sœurs en bas âge. Le règlement du parlement de Rouen, du 7 mars 1673, art 1, déférait aussi la tutelle au père et à l'aïeul, mais en ajoutant : « S'ils ne sont solvables, les parents du mineur peuvent élire un autre tuteur en leur lieu et place ; » ce qui démontrait suffisamment que la tutelle n'avait pas lieu de plein droit (3). En aucun cas, du reste, le tuteur nommé par la loi n'était tenu d'accepter la charge qu'elle lui imposait ; s'il était un ascendant, il devait seulement se faire élire un remplaçant.

§ 2. *Comment se conférait la tutelle dative*

A la mort du père, la mère ou l'aïeule, l'ascendant auquel la tutelle légitime était déférée et qui la refusait, les héritiers présomptifs du mineur, parfois le ministère public (4), devaient, à peine de dommages-intérêts, appeler le conseil de famille devant le juge du domicile du

(1) « Si uns homs hay enfans, et il y ait hoirs aagiés, li hoirs aagiés hay l'avouerie des autres, non pas li père ne li mère » (Bouhier, t. I, p. 186, 188).

(2) *Etabl.*, l. I, ch. 19. Cf. *cout.* d'Anjou de 1411, dans Beautemps-Beaupré, *Cout. et instit. de l'Anjou et du Maine*, t. I, p. 413. V. Kraut, *Die Vormundschaft*, t. II, p. 671, 672.

(3) En Bretagne, l'aïeul paternel était aussi tuteur légitime de ses petits enfants (Edit de déc. 1732, art. 41 ; arrêt du parlement de Rennes, du 11 mai 1739).

(4) Arrêt du parl. de Dijon, du 23 févr. 1673.

mineur ou de la situation de ses biens (1), pour élire un tuteur à la pluralité des suffrages. Le conseil se composait de parents, alliés ou, à leur défaut, de voisins du mineur, au nombre de douze, sans compter la personne qui avait provoqué la réunion (2). Le choix du tuteur devait porter sur un des parents convoqués et, autant que possible, sur le plus proche successible (3). La proximité n'était pas d'ailleurs une condition indispensable : il appartenait au juge d'écarter le parent, fût-il la mère, dont l'administration lui paraîtrait dangereuse pour le mineur (4). Si le tuteur alléguait à l'instant une excuse reconnue fondée, il était remplacé. Mais, après serment prêté entre les mains du magistrat, il était contraint de remplir sa charge jusqu'à ce qu'il eût reçu un successeur, et l'ordonnance de nomination était exécutoire par provision, nonobstant appel (5). De plus, en général, les membres du conseil étaient tenus de garantir la solvabilité de l'élu, au temps de son élection (6).

§ 3. *Causes d'incapacité de la tutelle*

La tutelle dative, considérée dans le dernier état de la jurisprudence comme une charge publique, ne pouvait être déférée qu'à une personne jouissant de l'intégralité des

(1) Un bailli ou un sénéchal royal pour les nobles (Edit de Crémieu du 19 juin 1536, art. 6), un prévôt ou un châtelain pour les roturiers. Les juges seigneuriaux pouvaient également nommer le tuteur (Déclar. du 4 févr., 1537), et quelquefois les maires des villes, en vertu d'un privilège spécial (*Cout.* de Châtillon-sur-Seine, de 1371, art. 153 ; privilèges de Dijon, de 1610).

(2) Il suffisait de sept présents en Nivernais, de six en Berry, de cinq à Orléans, pour que la délibération fût valide.

(3) En Lorraine, au XVIe siècle, les parents du père excluaient ceux de la mère pour la tutelle, « jaçois que tous les biens viennent de par la mère. » C'était un souvenir germanique.

(4) Arrêt du parl. de Toulouse, du 16 nov. 1669.

(5) Ordonnance de 1498, art. 80.

(6) Règl. du parl. de Rouen, du 7 Mars 1673, art. 71 ; arrêts du parl. d'Aix, des 22 janv. 1559 et 28 févr. 1624; de Dijon, du 25 janv. 1700. *Contrà*, Paris, 14 août 1587 et 14 déc. 1600; Ferrière, *Traité des tutelles*, n° 584.

droits civils. Les étrangers, les morts civilement, les mineurs, les interdits, les religieux profès, ceux qui étaient privés du droit d'exercer un office public, les insensés, les sourds-muets et les protestants étaient incapables d'être choisis comme tuteurs. Il en était de même des femmes, à l'exception de la mère et de l'aïeule. La première pouvait, après s'être remariée, reprendre la tutelle de ses enfants, du consentement de leurs parents (1).

§ 4. *Causes d'excuse de la tutelle*

Les fonctions publiques, l'éloignement du degré de parenté, les contestations nées ou à naître avec le mineur, l'âge, le sexe, les infirmités, la pauvreté de l'élu étaient autant de motifs d'exonération de la tutelle.

Les évêques et les clercs en étaient de droit déchargé, pourvu que ces derniers rendissent à l'Eglise des services réels. Les ambassadeurs, les officiers de la maison du roi, les militaires et marins, les membres des cours souveraines, les conseillers d'état et les maitres des requêtes, les secrétaires du roi dans les chancelleries, les professeurs des universités, les académiciens, les administrateurs des hospices, les inspecteurs des manufactures et les fermiers généraux jouissaient de la même exemption.

L'élu pouvait s'excuser, s'il se rencontrait un parent plus rapproché que lui en état d'exercer la tutelle, et, en Normandie du moins, le contraindre même à s'en charger (2).

Etaient également excusables : celui qui avait un procès *important* avec le mineur (3), ou même, en quelques lieux, un motif d'inimitié contre son père ; les femmes, même après avoir prêté serment de tutrice (4) ; les vieil-

(1) Arrêt du parlem. de Paris, du 8 juill. 1567 ; Brillon, v° *tuteur*, n° 82 ; Dumoulin, *sur la coutume de Paris*, tit. VIII, § 99, n° 1.

(2) C'est ce qu'on appelait la *condescente*.

(3) Basnage, sur l'art. 5 de la coutume de Normandie.

(4) Arrêts des parl. de Paris, du 14 juillet 1567 ; de Dijon, du 1er fév. 1557 ; de Douai, du 21 nov. 1696.

lards de 70 ans, les personnes tombées dans l'extrême pauvreté ou atteintes d'infirmités graves, celles qui avaient cinq enfants au moment de leur nomination, qui étaient trop éloignées du lieu où la tutelle devait s'exercer ou dont les fonctions auraient été rendues trop pénibles par la dispersion des biens du pupille. Ces diverses excuses devaient être proposées avant l'acceptation de la charge, sauf celles qui reposaient sur un fait accidentel survenu depuis. En ce cas, l'excusé pouvait répéter les frais occasionnés par son remplacement.

§ 5. *Pouvoirs du tuteur*

Ces pouvoirs portaient sur la personne et sur les biens du mineur :

1° *Sur la personne.* Le tuteur avait sur son pupille un droit de surveillance et même de correction modérée. Toutefois, pour le faire enfermer, il devait, sur l'avis conforme de la famille, obtenir une ordonnance du juge. Chose remarquable ! En Anjou, l'orphelin roturier en tutelle pouvait librement quitter son tuteur et en choisir un autre à son gré parmi ses parents (1). Il était interdit au pupille de se marier sans l'autorisation de son tuteur et celle de ses plus proches parents (2), que le tuteur devait même consulter sous peine de punition exemplaire. On voit par là la différence qui existait entre la tutelle et le *bail*. Ce dernier ne donnait pas au baillistre la surveillance des enfants (3).

2° *Sur les biens.* Administrateur des biens de son pupille, le tuteur en était considéré comme le véritable maître :

(1) *Etablissements de St-Louis*, I, 141. C'était une tradition germanique. V. Giraud, *Lex malacitana*, p. 18-51 ; Kraut, *Die Vormundschaft*, t. II, p. 670.

(2) Ordonnance de Blois, art. 41, 42 et 43; ord. de 1639, art. 1.

(3) *Cout.* d'Anjou de 1463, art. 61 (Beautemps-Beaupré, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, t. III, p. 224).

domini loco habetur. Ce qu'il faisait était réputé fait par le mineur : *factum tutoris, factum pupilli*. Tant qu'il ne sortait pas de la sphère des actes de gestion, ceux-ci étaient exécutoires contre le pupille devenu majeur, comme si celui-ci avait contracté lui-même, sauf le cas de fraude. Il pouvait louer les biens du mineur pour six ans au plus, s'il s'agissait d'une habitation urbaine, et neuf, s'il s'agissait d'héritages ruraux (1). Il avait même le droit de faire des baux par anticipation, six mois ou un an d'avance, selon les lieux ; si le bail dépassait le terme fixé, le pupille devenu majeur ne pouvait en demander la nullité que pour l'excédant du temps seulement.

Le tuteur avait qualité pour acquiescer en justice aux demandes formées contre son pupille, sous la réserve de l'action en restitution ouverte à celui-ci, en cas de lésion, et accepter ou répudier pour lui des successions. Mais il lui était interdit d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles, sauf en cas de nécessité constatée par le juge sur l'avis des parents (2), de provoquer un partage définitif ou une licitation, quoiqu'il pût y défendre, de disposer à titre gratuit des meubles, à l'exception de ceux de minime valeur, sous peine d'une nullité absolue, qui n'exigeait pas de lettres de rescision. Il pouvait seulement disposer des meubles de son pupille à titre onéreux. Tous les actes faits par le tuteur en dehors de ses pouvoirs étaient nuls et le mineur pouvait les attaquer pendant trente ans à partir de sa majorité.

La tutelle était essentiellement gratuite, à moins de stipulation expresse et contraire (3).

(1) V. *Cout.* de Paris, art. 227, qui règle les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme. Le mari était en ce cas considéré comme tuteur, ce qui n'était pas exact dans les autres coutumes.

(2) *Cout.* de Bretagne, art. 508 ; *Arrêtés* de Lamoignon, tit. *des tutelles*, art. 85 ; Fontanon, *de l'ordon.* de 1539.

(3) Par exception, en Normandie, le tuteur pouvait retenir, comme rétribution, la vingtième partie des revenus du pupille.

§ 6. *Obligations du tuteur*

Le tuteur n'était pas obligé par le droit coutumier, comme il l'était par le droit romain, à fournir une caution (1). Il n'y avait d'exception à la règle que dans le cas où les habitudes de dissipation du tuteur pouvaient faire craindre qu'il ne compromît les intérêts de son pupille.

Dès qu'il avait prêté serment entre les mains du juge, le tuteur devait faire, à frais communs, un inventaire des biens du mineur devant un notaire, un officier public ou même un échevin (2). *Nihil gerere ante inventarium factum eum oportet.* L'omission de cet inventaire était considérée comme un dol de sa part, et entraînait, à Paris, ainsi que dans la plupart des coutumes, sauf en Bourgogne, la continuation de la communauté contre le père ou la mère survivant qui était chargé de la tutelle, surtout s'il s'était remarié. Bouhier déclarait que rien n'était plus nuisible aux mineurs que ce défaut d'inventaire, et, malgré l'opinion de Dumoulin, il se fondait sur le texte de la coutume d'Auvergne, tit. 11, art. 2 et 13, pour priver en ce cas le père de l'usufruit des biens de ses enfants. Afin de prévenir les graves conséquences qui pouvaient résulter de l'omission, il était d'usage en certains pays de ne déférer la tutelle, ou, pour employer l'expression plus juste de la coutume bourguignonne, la *légitime administration* de la personne et des biens du mineur, qu'à la charge de faire inventaire (3), et l'on admet-

(1) La coutume de Bourgogne en exigeait cependant une de la mère baillistre (tit. VI, art. 4 et 6) Mais cette exigence était promptement tombée en désuétude.

(2) Edit de 1556; ordonn. d'Orléans, art. 102; *Cout.* de Bourgogne, tit. VI, art. 9 ; *Règlement* de 1679, art. 3, et de 1747, art. 1, pour la Bourgogne; *Cout.* de Cambrai, tit. VI, art. 11; *Charte* d'Arras, de 1481, art. 29.

(3) V. *Cout.* de Bourgogne, tit. IV, art. 5; du Nivernais, tit. XXIV, art. 4 : de la Marche, art. 84 ; d'Auvergne, tit. II, art. 12.

tait le mineur devenu majeur à faire, en cas de soupçon de fraude, preuve par commune renommée et par délation de serment de la consistance des effets non inventoriés. Dumoulin imposait au tuteur l'obligation de tenir un *livre de raison, librum rationum*, destiné à recevoir la mention des objets pris en charge par lui, et dont l'utilité lui paraissait au moins égale à celle de l'inventaire. On sait que ces livres de raison servaient aussi, en plusieurs provinces, à constater la généalogie des familles (1). L'inventaire était prescrit, même dans le cas où le conjoint prémourant avait fait une donation de ses meubles et de ses autres biens au survivant nommé tuteur.

Cette formalité accomplie, le tuteur devait faire vendre publiquement, par autorité de justice, les meubles *périssables* du mineur, à l'exception de ceux qui étaient nécessaires à l'usage du pupille (2). A défaut de cette vente, qui s'opérait ordinairement dans le délai de six mois, il était tenu, par forme de dommages-intérêts, de rapporter dans son compte de tutelle la valeur des meubles non vendus, avec un quart en sus. Les meubles dont l'estimation pouvait être facilement fixée, comme l'argenterie, le sel, les glaces, les grains soumis à la mercuriale, ne supportaient pas ce supplément du quart en sus, qu'on appelait *parisis*, et qui n'était pas dû par les pères tuteurs, dans les pays où ils avaient le droit de jouir des meubles en nature de leurs enfants mineurs (3).

Le tuteur devait poursuivre le remboursement de toutes les créances exigibles de son pupille, parce qu'il était garant pendant trente ans de l'insolvabilité de ses débiteurs, et qu'il était comptable des intérêts des sommes

(1) Dumoulin, *sur l'art. 9 de la nouvelle coutume de Paris*, gl. 6, n° 16.

(2) Ordonnance d'Orléans, art. 103; *Arrêtés* de Lamoignon, *loc. cit.*, art. 69.

(3) Boucheul, t. II, p. 410; Bannelier sur Davot, t. I, p. 284.

dues. Mais cette garantie ne l'atteignait qu'autant qu'il avait omis de faire les diligences nécessaires pour opérer le recouvrement, car il était seulement responsable de sa négligence, non la caution des débiteurs. Il était également tenu de prendre les hypothèques et les suretés propres à sauvegarder les intérêts de son pupille.

Dès qu'il avait entre les mains, l'entretien du mineur étant assuré, une somme suffisante pour en faire un emploi, ce qui s'entendait en général des sommes supérieures à 1000 livres, il devait l'employer au mieux, sur l'avis des parents, et la placer au taux légal, parce qu'il en était comptable à ce taux, à moins que le conseil de famille ne l'autorisât, à raison des circonstances, à constituer des rentes sur un pied moins avantageux (1). En général, sauf en Bretagne et en Bresse, il n'était pas admis à prêter à intérêt par obligation, le prêt étant réputé usuraire (2).

Le tuteur devait veiller à l'entretien des héritages de son pupille et agir à cet égard en bon père de famille. Les dépenses de simple entretien étaient imputées sur les revenus ; quant aux frais de grosses réparations, ils pouvaient être pris, en vertu d'une ordonnance du juge, sur une constitution de rente faite au nom du mineur. Il lui était recommandé d'affermer les héritages plutôt que de les exploiter lui-même, et de les louer en justice, au plus offrant et dernier enchérisseur. Mais cette formalité n'était pas indispensable, et les baux faits sous seings privés étaient validés, pourvu qu'ils ne fussent point suspects de dol.

Faute d'avoir fait emploi, dans le délai de six mois pour la première année de la tutelle, et de deux ou trois dans les autres, des sommes touchées par lui pour le compte

(1) Acte de notoriété du Châtelet, du 11 mai 1699; *Arrêtés* de Lamoignon, *loc. cit.*, art. 97 et 101.

(2) Ordonnance de Blois, art. 202 ; Chopin, *sur la cout. de Paris*, liv. III, tit. 2, n° 10 ; Gillet, *des tutelles*, ch. XLV ; arrêt du parlement de Paris, du 7 mai 1714.

du mineur, le tuteur devait les intérêts et même les intérêts d'intérêts de ces sommes au moins tant que durait la minorité, pourvu que ces derniers aient pu former un véritable capital, dont il eût dû faire emploi (1). Du reste, le tuteur pouvait s'exonérer de cette pénalité en faisant sommation au conseil de famille de lui indiquer un emploi satisfaisant pour les fonds qu'il avait entre les mains.

Lorsque le tuteur était créancier de son pupille, il devait se payer lui-même sur les deniers dont il avait la gestion, faute de quoi sa créance était légalement éteinte jusqu'à concurrence des sommes qui étaient entre ses mains.

Le tuteur était tenu de veiller à la conservation de tous les droits de son pupille, et, par conséquent, de former en justice toutes les demandes qui intéressaient celui-ci ou de défendre aux actions dirigées contre lui. Mais il devait s'éclairer à cet égard de l'avis des parents, surtout lorsqu'il y avait lieu d'interjeter appel (2).

Enfin, il devait, comme je l'ai dit plus haut, porter son attention sur tout ce qui concernait la personne du mineur, son éducation et son établissement. C'était là une obligation générale, corrélative au pouvoir dont il était revêtu sur la personne, à la différence du baillistre qui n'était pas l'un des ascendants immédiats du mineur (3).

§ 7. *Fin de la tutelle*

La tutelle prenait fin :

1° Par la *mort naturelle ou civile du mineur*. Le tuteur devait néanmoins en ce cas continuer l'administration

(1) Bourjon, t. I, p. 59; Argou, liv. I, ch. 8. D'après d'autres auteurs, on ne devait calculer les intérêts d'intérêts que tous les trois ans. Le parlement de Bretagne les refusait aux mineurs avant la clôture du compte.

(2) *Cout.* de Bretagne, art. 513; *Arrêtés* du président de Lamoignon, tit. *des tutelles*, art. 110; Bacquet, *des Droits de justice*, ch. 21, n° 42.

(3) Ordonnance de Blois, art. 41, 42, 43; ord. de 1639, art. 1.

jusqu'à ce que les héritiers du défunt puissent l'en décharger;

2° Par sa *majorité*. Nous avons vu plus haut ce qu'il en était;

3° Par son *émancipation*, qui pouvait, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, se produire de plusieurs manières;

4° Par la *mort naturelle ou civile du tuteur*. En ce cas, l'héritier de celui-ci était tenu de veiller à la conservation des droits du mineur, jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur;

5° Par sa *destitution*. Le juge pouvait enlever la tutelle à celui qui en était revêtu, lorsqu'un juste motif lui faisait redouter que son administration fût périlleuse pour le mineur. Mais il n'était autorisé à prononcer cette destitution que sur l'avis des parents assemblés. Parmi les causes légitimes de révocation, figuraient: le refus de pourvoir à la nourriture et à l'entretien du pupille, lorsqu'il existait des revenus suffisants; la prévarication dans la gestion tutélaire; la négligence coupable ou la dissipation habituelle du tuteur; sa faillite ou ses mauvaises mœurs, enfin le convol de la mère tutrice à de secondes noces.

Le père qui se remariait conservait la tutelle de ses enfants (1). Au contraire, la mère qui passait à une seconde union en était dépouillée (2), à moins que les parents ne provoquassent pas sa révocation ou qu'ils s'opposassent

(1) *Cout.* du Nivernais, tit. *des tutelles*, art. 7; d'Orléans, art. 180; de Touraine, tit. 31, art. 339; de Melun, art. 286; de Montargis, ch. I, art. 30; de la Marche, ch. XII, art. 81; de Châteauneuf, ch. XIX, art. 136.

(2) *Cout.* du Nivernais, *eod. loc.*; du Berry, tit. *de l'état des personnes*, art. 31; d'Orléans, art. 32 et 180; de Bretagne, art. 484; de Blois, art. 9; d'Auvergne, ch. XI, art. 11; de Touraine, art. 350. Dans le duché de Bourgogne, l'ancienne coutume n'enlevait pas à la mère qui se remariait la baillisterie ou la tutelle de ses enfants. Mais un art. 9 ajouté au titre VI de cette coutume, lors de sa reformation, revint sur ce point aux dispositions du droit romain et aux usages des autres pays coutumiers.

dans l'intérêt du mineur, à ce qu'elle fût déchargée de la tutelle ; elle continuait alors d'administrer, son second mariage ne la rendant pas indigne, mais donnant seulement lieu de craindre qu'elle subît l'influence de son second époux et ne nuisît à ses enfants du premier lit. Lorsque la famille la maintenait dans la tutelle, elle devait donner caution, bien qu'elle eût été dispensée de cette obligation par le testament de son mari. A défaut de cautionnement, elle n'était plus recevable à redemander la tutelle qui avait été déférée à un tiers. Quand elle avait été dépouillée de sa qualité de tutrice par suite de secondes noces, elle ne pouvait la reprendre en cas de nouveau veuvage (1).

§ 8. *Compte de tutelle*

La cessation de la tutelle laissait peser sur le tuteur une dernière obligation : il devait rendre aussitôt ses comptes au mineur. Ce devoir était la sanction et la justification de l'accomplissement de tous les autres (2).

Toute décharge, toute transaction consentie par le mineur devenu majeur au sujet du compte de tutelle, avant que ce compte n'eût été régulièrement rendu, était nulle : l'ancien pupille pouvait toujours s'en faire relever (3). Il était réputé mineur vis-à-vis de son tuteur, jusqu'à ce que celui-ci eût fait apurer sa gestion, encore bien qu'il se fût écoulé plus de dix ans depuis la majorité. Il en était ainsi au moins en Bourgogne, en Dauphiné, en Languedoc ; à Paris, au contraire, on admettait la prescription décennale à l'égard des traités faits sur la radiation de ce compte.

Le tuteur ne pouvait être assigné pour rendre compte

(1) Coquille, *Institution au droit français*, tit. *de l'état des personnes* ; Bacquet, *du Droit de bâtardise*, ch. VII, n° 32.

(2) Ordonnance de 1498, art. 80 ; Ord. de 1667, tit. XXIX, art. 1.

(3) *Arrêtés* de Lamoignon. *loc. cit.*, art. 127 ; *Cout.* de Bretagne, art. 517 ; Louet et Brodeau. lett. T, ch. 3.

devant le juge qui l'avait nommé : tout autre juge eût été incompétent (1). La saisie de ses biens et même la contrainte par corps étaient la sanction de son obligation. Faute par lui de rendre compte, le tribunal devait accorder au mineur une provision calculée sur la valeur apparente des biens administrés : tout comptable est réputé débiteur.

Le compte devait comprendre trois chapitres : la recette, la dépense et les reprises, c'est-à-dire les sommes dues au mineur et non touchées par son tuteur, sans qu'il y ait eu de sa faute. Tous ces articles du compte devaient être appuyés de pièces probantes, à l'exception des dépenses très modiques, qui, d'après la coutume d'Orléans, art. 199, ne devaient pas dépassèr 10 sols, et établir soit les diligences faites par le tuteur pour recouvrer les sommes dues au pupille, soit l'insolvabilité des débiteurs.

Ce compte, rendu aux frais du mineur, à l'amiable, devant notaire ou devant le juge, devait être affirmé par le tuteur quand il était présenté en justice et communiqué au pupille. S'il y avait débat et qu'un reliquat existât, celui-ci pouvait obtenir une nouvelle provision. La somme dont le tuteur restait débiteur était d'ailleurs toujours exigible, malgré le procès, et pouvait être recouvrée par voie de contrainte.

Enfin le reliquat du compte portait de plein droit, à partir du jour de la cessation de la tutelle, intérêts jusqu'au paiement, mais non intérêts d'intérêts, comme durant la tutelle, et le mineur avait hypothèque sur tous les biens de son tuteur, du jour de la tutelle, pour la sureté de ce paiement. De plus, il pouvait après quatre mois, exercer la contrainte par corps contre le tuteur condamné à se libérer envers lui. S'il était au contraire constitué par le compte débiteur de son tuteur, celui-ci

(1) Ordonnance de 1667, tit. XXIX, art. 2.

n'avait, dans le dernier état de la jurisprudence, hypothèque qu'à partir de la clôture du compte ou du jugement de condamnation (1), et l'intérêt du reliquat ne courait qu'à dater du jour de la demande.

CHAPITRE II

DE LA CURATELLE

Le droit coutumier reconnaissait comme le droit romain les fonctions de curateur. Mais il disait : « tuteur et curateur n'est qu'un (2). » Que voulait-il exprimer par cette maxime? Uniquement que la tutelle ne finissait pas, comme à Rome, à la puberté pour faire place à la curatelle, et que le tuteur continuait d'administrer la personne et les biens du mineur jusqu'à la majorité de celui-ci (3).

En principe donc, la tutelle se prolongeait jusqu'à vingt-cinq ans. Cependant, quand le mineur était émancipé avant cet âge, il fallait pourvoir à sa protection. On lui donnait alors un curateur. On lui en nommait également un lorsque, étant en tutelle, il avait une action à diriger contre son tuteur, et qu'il n'avait pas reçu de subrogé-tuteur. On en désignait enfin aux majeurs tombés en démence, aux sourds-muets, aux prodigues et aux enfants non encore nés, mais dont la naissance était attendue, lorsqu'il y avait utilité à administrer les biens destinés à leur appartenir. Il convient en conséquence d'examiner ces divers cas dans lesquels un tiers pouvait être revêtu d'une certaine autorité sur la personne et surtout sur les biens d'un incapable.

(1) Bretonnier, *décisions*, p. 458 ; Louet, lett. H, ch. 23 ; Bacquet, *op. cit.*, ch. 21, n° 413.

(2) *Cout.* de Cambrai, tit. VI, art. 5 ; de Montargis, ch. VII ; d'Auvergne, art. 259.

(3) Dumoulin, *de contractibus usurariis*, quest. 39, n° 300.

§ 1. *Curatelle des mineurs*

Le mineur émancipé par lettres ne pouvait ester en jugement, soit comme demandeur, soit comme défendeur, sans l'assistance d'un curateur qui lui était désigné à cet effet. Quant à celui qui avait été émancipé par le mariage, il n'avait pas besoin d'un curateur pour plaider, mais d'un tuteur *ad hoc*, pour recevoir un compte de tutelle. Il était d'usage, en instituant une curatelle à l'émancipé, de conférer au titulaire de la fonction le pouvoir d'assister le mineur dans les actes d'aliénation nécessaire de ses immeubles, par exemple en cas de partage ou de licitation.

Lorsque le mineur avait une action à exercer contre son tuteur, ou un partage à faire avec lui, lorsqu'en un mot il s'agissait de l'habiliter à faire un acte contraire aux intérêts de celui-ci, tel qu'un inventaire à la suite de la dissolution de la communauté ayant existé entre la mère tutrice et son époux, on était aussi dans l'obligation de pourvoir le mineur d'un curateur qui l'assistait dans cet acte et l'y représentait.

§ 2. *Curatelle des majeurs insensés ou prodigues*

Les majeurs et les émancipés ne sont pas tous en état de diriger leur personne et d'administrer leurs biens. L'altération de leurs facultés mentales, des infirmités survenues dans leurs organes physiques ou des excès commis dans la gestion de leurs intérêts peuvent légitimement faire craindre qu'ils compromettent leur fortune et qu'ils nuisent eux-mêmes à leur propre conservation. Aussi la législation romaine s'était, dès l'origine, préoccupée des dangers que les aliénés, les furieux, les prodigues pouvaient courir dans la gestion de leurs affaires, et elle les avait, en conséquence, placés sous la surveillance d'autrui, par exemple de leurs agnats.

Le droit coutumier primitif ne semble pas s'être beaucoup préoccupé de la situation de ces personnes ; il les abandonnait à la surveillance et à la protection de la famille, chargée de pourvoir à leur garde et de conserver leurs biens. Cependant, au XIIIe siècle, une mesure spéciale était déjà en usage à leur égard, dans le but, moins de les protéger contre eux-mêmes que d'assurer la défense des tiers. Quand ils avaient un procès, Beaumanoir nous apprend qu'on leur donnait un défenseur, qui les représentait en justice, afin que l'instance fût liée sérieusement et contradictoirement avec eux (1).

Plus tard, dans le silence des coutumes, on crut utile d'étendre cette curatelle *ad litem* aux autres actes de la vie civile, et on fut ainsi amené à invoquer les principales règles du droit romain. Mais la curatelle coutumière différa de la romaine en ce qu'elle fut établie dans l'intérêt de l'incapable et non dans celui de sa famille. Par suite, le curateur du fou dut prendre soin non seulement de ses biens, mais encore de sa personne ; il put le retenir chez lui, le mettre en pension, provoquer son dépôt dans une maison d'aliénés, si le caractère dangereux de sa démence rendait cet internement nécessaire, pourvu que les parents eussent été préalablement consultés. Par la même raison, le prodigue dut recevoir un curateur non seulement lorsqu'il dissipait les biens provenant de la famille, mais encore lorsqu'il compromettait ses propres acquêts.

L'administration de ce curateur était d'ailleurs naturellement restreinte aux biens du prodigue interdit ; elle ne s'étendait pas à sa personne, puisque l'interdiction n'avait pour cause que les vices de sa gestion.

Les ordonnances et la jurisprudence des parlements avaient même dépassé la législation de Rome en matière d'interdiction. Elles avaient créé des cas d'incapacité que

(1) *Cout.* du Beauvoisis, ch. III, nos 18 et suiv.

les préteurs n'avaient jamais prévus, et dans lesquels, par exception, elles plaçaient l'intérêt de la famille au-dessus de celui de l'individu. Ainsi, l'art. 182 de l'ordonnance de Blois déclarait que la veuve née dans une condition honnête et ayant des enfants d'un précédent mariage, qui se remariait follement à un homme vil par lui-même ou d'un état abject, était interdite dans ses biens, qu'elle ne pouvait en aliéner aucun et que tous les contrats faits par elle dans ce but ou dont l'effet diminuerait son actif étaient absolument nuls. En vertu de cette disposition, le parlement de Bretagne alla jusqu'à décider que l'interdiction avait, en ce cas, lieu de plein droit et sans jugement. Le dérèglement des mœurs fut assimilé à la démence et à la prodigalité. Les femmes qui menaient notoirement une conduite irrégulière purent être privées du droit d'administrer leurs biens, soit pour un temps, soit à toujours. On admit des interdictions non seulement temporaires, mais partielles. Si un individu manifestait l'intention de contracter une alliance déshonorante, s'il était connu par sa facilité à entreprendre des procès, on lui nommait un curateur ou plutôt un conseil sans l'avis duquel il ne pouvait se marier ou entamer une instance. La vieillesse extrême devint une cause d'interdiction déterminée : on valida la convention par laquelle un vieillard *débilité* par son grand âge remettait à ses héritiers le gouvernement de son patrimoine et s'interdisait la faculté d'aliéner ses biens, tout en conservant le droit d'en toucher les revenus. La jurisprudence reconnaissait donc l'interdiction volontaire, soit lorsqu'une personne, confessant son incapacité, provoquait elle-même la nomination d'un curateur, soit lorsqu'elle se soumettait d'avance par une convention spéciale à être dépouillée de son droit d'administration. Les demandes et les contrats de cette nature étaient, malgré la doctrine en général peu favorable à ce genre d'interdiction mixte, toujours

accueillis par la justice, qui prononçait sans formes de procédure. Elle reconnaissait en outre l'institution des conseils judiciaires, qu'a organisée le code actuel, et qui avait pour but d'assurer un guide à ceux que leur faiblesse d'esprit ou les entraînements de leur caractère exposaient à la dissipation, bien qu'ils ne fussent pas privés de la jouissance de leurs facultés mentales. En ce cas, l'interdit n'était point dépouillé de l'administration de ses biens ; mais il était pourvu par le juge d'un conseil, sans lequel il ne pouvait faire les actes de la vie civile déterminés selon les circonstances et l'avis de la famille.

L'interdiction pour fureur ou pour démence, tirant sa source de la nature, avait lieu de plein droit, sans jugement, bien qu'il fallût cependant faire constater la folie par la justice, qui fixait l'époque à laquelle elle avait commencé (1). Par suite, l'engagement contracté par l'aliéné avant la sentence d'interdiction était nul, s'il était prouvé qu'il était postérieur à la manifestation de la démence. Mais si le fou était mort *integri statûs* et si la preuve de son aliénation ne résultait pas de l'obligation même qu'il avait contractée, ses héritiers n'étaient pas admis à arguer celle-ci de nullité, à moins que la folie n'eût été publique (2). L'interrogatoire de la partie dont on poursuivait l'interdiction était la base la plus ordinaire et la plus solide de la procédure ; c'était le mode le plus usité au châtelet de Paris. Toute personne pouvait être désignée pour curateur à l'aliéné interdit, le fils à son père, le mari à sa femme, mais celle-ci ne l'était pas en général à son mari. Quand la démence cessait, l'interdiction disparaissait de plein droit avec elle (3). En cas de folie avec intervalles lucides, la preuve testimoniale ten-

(1) Ricard. *Donations*, part. 1, ch. 3, n° 146.
(2) Arrêt du parlement de Paris, du 12 avril 1654.
(3) Ricard, *op. cit.*, n° 147.

dant à établir que l'insensé avait recouvré la raison au moment de l'engagement contracté par lui n'était recevable qu'avec un commencement de preuve par écrit, et l'on tenait comme tel l'avis des parents qui avait précédé l'interdiction.

On ne donnait pas de curateur au mineur insensé, qui demeurait en tutelle. Il était plus avantageux pour lui d'avoir un tuteur qu'un simple curateur. Mais si sa démence se poursuivait alors après sa majorité, il devenait nécessaire de le placer sous une curatelle.

L'interdiction pour cause de prodigalité n'avait jamais lieu de plein droit : elle devait être prononcée par le tribunal compétent. L'art. 49 de la coutume de Bretagne portait que « nul ne pourra être déclaré prodigue et privé de l'administration de ses biens, fors qu'à la requête de sa femme, de ses enfans ou autres héritiers présomptifs. » Sans une requête et un jugement, il n'y avait pas interdiction, mais l'effet de la sentence remontait à la date de la demande, car il importait d'éviter que le défendeur ne contractât, dans la période intermédiaire qui s'écoule entre le commencement et la fin de l'instance, des engagements de nature à paralyser les effets de l'interdiction (2).

Dans plusieurs sièges, l'usage s'était introduit de statuer sur la requête ou sur la demande en main-levée de l'interdiction par un seul juge, hors du prétoire, sans information préalable et sans audition de la partie publique. Cet usage était surtout dangereux, lorsqu'il s'agissait d'homologuer une convention par laquelle le vieillard ou le prodigue s'engageait à renoncer à l'administration de ses biens. Pour y mettre un terme, des lettres-patentes du 25 novembre 1769 exigèrent que le ministère public donnât des conclusions et que le jugement fût précédé

(1) Ricard, *op. cit.*, n° 154.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 79.

d'une délibération des juges. Cependant le châtelet de Paris persista à prononcer sans entendre l'avocat du roi et sans avis du conseil de famille ou enquête.

Afin d'avertir les tiers, le jugement devait être publié à l'audience, au marché et aux carrefours de la ville où il était rendu, à son de trompe et à cri public, et le nom de l'interdit était inscrit sur un tableau placé près de la chapelle du Palais, sur un autre au greffe et sur un troisième dans les études des notaires (1), le tout à peine de nullité de l'interdiction au regard des tiers. A partir de cette publication, toutes les obligations contractées par l'interdit étaient absolument nulles, et le notaire qui en dressait acte était tenu de garantir le créancier, bien que le nom de la personne interdite fût inscrit sur le tableau apposé dans son étude (2).

L'interdiction pour cause de prodigalité ne cessait qu'en vertu d'un jugement qui la rapportait, après enquête et sur l'avis de la famille (3), et ce jugement devait être notifié aux notaires, sans cependant que l'omission de cette formalité invalidât la main-levée de l'incapacité.

Les curateurs à l'interdiction avaient à peu près les mêmes pouvoirs et les mêmes obligations que les tuteurs. Ils devaient faire incontinent dresser un inventaire des biens de l'interdit, et vendre ses meubles dans un délai de six mois (4). A la fin de la curatelle, ils étaient obligés de rendre compte de leur administration et étaient tenus de l'intérêt de toutes les sommes non employées.

Les interdits pouvaient tester dans la forme olographe

(1) L'ordonnance de 1629, art. 143, ne parlait que du tableau du greffe ; elle ajoutait : « sans préjudice des coutumes où il est requis plus grande solennité » (Brodeau sur Louet, lett. S, som. 16).

(2) Arrêt du parlement de Paris, du 17 janvier 1662.

(3) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. VI, sect. V, art. I. Domat, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 1, sect. 1, n° 12 ; *anc. cout.* de Bretagne, art 497.

(4) Ordon. d'Orléans, art. 102.

et le testament était ou non valide, selon qu'il apparaissait comme sensé ou déraisonnable. Mais ils ne pouvaient faire un testament authentique, car l'on redoutait que les officiers publics ne revêtissent d'une forme irréprochable l'expression de volontés inconscientes ou égarées. Le curateur d'un interdit n'avait pas besoin, comme celui d'un mineur, de lettres de chancellerie pour faire annuler les actes passés par son pupille, ces actes étant nuls par eux-mêmes. Il était d'ailleurs de principe que ces lettres étaient inutiles pour faire prononcer une nullité établie en vertu des coutumes ou des ordonnances (1).

§ 3. *Curatelle au ventre*

L'ancien droit, conforme en ce point à la doctrine romaine, considérait l'enfant conçu comme déjà né, toutes les fois qu'il s'agissait de ses intérêts. *Qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur.* Il y avait donc lieu de pourvoir à l'administration des biens qui devaient lui appartenir après sa naissance, et, dans ce but, on lui donnait, non un tuteur, puisque la personne sur laquelle son pouvoir se serait étendu n'existait pas encore, mais un curateur, qui était chargé de veiller à ses intérêts et de rendre plus tard compte de sa gestion soit au tuteur nommé, si l'enfant venait au monde, soit aux propriétaires des biens, s'il périssait dans les entrailles de sa mère.

Il était également d'usage de nommer des curateurs aux succession vacantes. Mais cette curatelle, n'étant pas relative à la personne d'un mineur ou d'un interdit, ne doit pas trouver place ici.

(1) Bourjon, *op. cit.*, t. 1, p. 82.

CONCLUSION

On raconte que les Vénitiens montrant un jour en grande pompe leur trésor de St-Marc à un ambassadeur d'Espágne, celui-ci leur dit après avoir regardé sous la table : « *Qui non cé la radice*, je ne vois pas d'ici la racine. » L'étude que nous venons de terminer sur l'état des personnes, en attendant que nous examinions la condition des biens dans l'ancien régime, serait complètement inutile si elle ne montrait dans nos coutumes la racine maîtresse de notre code civil. Qu'on ne s'y trompe pas : sans elles, malgré la haute autorité du droit romain, il n'aurait point poussé tel qu'il existe sur notre sol. Il eût été sans doute, mais il eût été tout autre, mieux coordonné et plus savant peut-être, mais moins individuel, moins soupie et même, disons-le sans étonnement, moins humain. Cette patrie française, construite au prix de mille ans d'héroïsme et de patience, par la bravoure des uns, par l'esprit des autres, par les souffrances de tous, la coutume en fut comme la raison instinctive et la conscience ; elle ne flatta pas les défauts de la nation, elle n'enchérit pas sur ses erreurs, et si elle ne put prévoir ses grandes fautes, elle sut du moins assurer sa durée, en la préservant des terribles crises sociales qui sont comme le lot des peuples modernes et que l'an cienne France ne connut point, parce que la foule croyait alors ce que croyaient les gens éclairés et que, si les rangs étaient profondément distincts, les idées générales ne différaient pas essentiellement. Elle obligea l'homme à trouver en lui-même et non en dehors de lui la raison de son existence, ce qui

est le principe de la liberté. Enfant par certains côtés, la société du moyen-âge qui reçut sa règle de la coutume et qui la proclamait inviolable pour tous, même pour le souverain (1), était virile par beaucoup d'autres, surtout par son respect de la tradition, qui la fit bien supérieure à sa devancière.

Respecter les usages n'était point d'ailleurs, pour elle, exclure le progrès. Quand le poète parle de

Ce train toujours égal dont marche l'univers,

il définit la coutume et les mutations qui se sont opérées dans son sein, non par soubresauts, mais par lentes infiltrations et par une sorte de mélange chimique. Il ne se fait de révolutions subites dans le monde juridique pas plus que dans le monde moral. L'humanité s'avance vers l'accomplissement de sa destinée par un progrès incessant, mais insensible. Chaque âge profite des travaux antérieurs et contient en germe un nouveau développement. Ce qui vient d'être changé ne se reconstitue jamais tel qu'il était auparavant : c'est ce qui arrête les retours vers le passé ; mais il modifie ce qui va se produire conformément à sa propre nature et ainsi se tempère l'effet brutal des innovations. Les sociétés ne restent pas sur place. Le courant plus ou moins rapide s'arrête parfois, mais ne remonte jamais jusqu'à sa source. S'il est un idéal de droit que n'atteindra nulle législation humaine, toutes peuvent s'en rapprocher chaque jour davantage. Les coutumes, ces lois nées des justiciables eux-mêmes, le prouvent mieux que les œuvres des législateurs. Pour ne prendre qu'un exemple, il y avait chez les peuples antiques une institution immorale dans son essence, le mal des maux, comme on l'a appelée, l'esclavage. Un esclave

(1) « Le duc doit gouverner ses hommes *par les droits et coutumes du pays, sans rien innover.* » (*Anciennes coutumes de Bourgogne*, art. 1.)

était-il un homme? Aristote l'assimilait à une machine. Les barbares arrivent, et voici que ces auxiliaires envoyés par Dieu au monde nouveau pour déblayer les ruines du paganisme, mettent, sous le souffle de l'Evangile, les femmes à l'abri des violences de leurs seigneurs et moralisent à la fois le maître et l'esclave (1). De la servitude, celui-ci passe bientôt au servage, du servage à la mainmorte et de la mainmorte à la liberté. D'abord il ne possède que sa vie, et encore ne la possède-t il que d'une manière précaire. Puis, il devient colon ou fermier; son champ ne lui sera plus enlevé, si sa personne y est rivée jusqu'à la mort; c'est un vassal d'un ordre inférieur, comme le vassal est un serf de l'ordre le plus élevé. Il monte encore, il se change en propriétaire, sauf quelques charges qui demeurent sur le fonds, mais en diminuant elles-mêmes sans cesse; il entre dans la commune, puis dans les Etats, et, toujours gravissant l'échelle, car il n'y a plus désormais, comme en Grèce ou à Rome, deux sociétés impénétrables l'une à l'autre, mais une société unique avec des degrés, après avoir commencé par le néant de la servitude, il finit par la possession entière de la liberté et de la souveraineté.

Qui a fait cela? C'est la coutume. L'antiquité, qu'on a voulu placer au-dessus du moyen-âge, a-t-elle un jour montré un spectacle pareil? Elle n'a jamais vu Spartacus délivré de ses chaînes. Elle n'a jamais admis les dernières classes aux droits politiques, ni même aux droits civils. Elle n'a jamais assimilé les petits aux grands, les esclaves aux maîtres. Elle n'a jamais affranchi le sujet de sa subor-

(1) Les plus anciennes coutumes se préoccupent avec une touchante sollicitude de la femme du serf. « Si elle est en couches, alors que le serf est tenu à une corvée, il laissera le service de son maître pour soigner sa femme. Si un officier du seigneur vient réclamer les poules qui lui sont dues, pendant qu'elle est en couches, elle peut couper la tête à la poule pour la remettre à l'officier et conserver pour elle le corps. »

dination aveugle et servile envers le souverain; elle n'a jamais relevé la femme de l'humiliation qui l'agenouillait aux pieds de son seigneur; elle n'a jamais mis l'étranger plus près du régnicole, le fils près du père, le pauvre plus près du riche. Elle n'a jamais enfin connu cette classe intermédiaire, cette vieille bourgeoisie, issue des institutions coutumières françaises, et qui n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir comme celles-ci, cette bourgeoisie timide, circonspecte, austère, amie de l'ordre, de l'épargne et par suite du contrôle, qui aimait à voir clair et portait en toutes choses une intelligence pondérée et pratique, qui avait la haine des opinions outrées, la défiance des aventures et le dégoût des fruits défendus, qui était moins soucieuse de théories que d'applications, et qui resta fidèlement attachée aux idées moyennes, les plus justes et les plus utiles, en cherchant dans ses usages traditionnels comme une seconde conscience, comme une discipline bienfaisante dont elle sentait le besoin autant pour elle-même que pour les autres.

Et comment la coutume a-t-elle fait cela ? Est-ce en provoquant des crises violentes, en soulevant les passions ou les intérêts, en parlant au sujet, au serf, au bourgeois, à la femme, au fils, au pauvre de leurs droits ? Non, c'est, comme le Christianisme à l'ombre duquel elle était née, comme l'Eglise qui l'inspira souvent, en parlant au souverain, au seigneur, au chef de famille, au maître, au riche, à tous uniquement de leurs devoirs !

L'essai qui précède l'aura-t-il clairement démontré ? Sous la concision forcée de ces lignes, le lecteur pourra-t-il suffisamment découvrir l'action lente, mais toujours salutaire et progressive de la coutume ? Comprendra-t-il que notre loi moderne ne doit point nous rendre ingrats envers l'ancienne, et que si nous étonnons parfois le monde par l'excès de notre confiance en nous-mêmes, nous ne l'étonnons pas moins par notre injuste dédain du passé ?

Je le désire, sans trop oser l'espérer. Quoi qu'il en soit, en mesurant le chemin parcouru par nos ancêtres, à travers tant d'obstacles accumulés par trois régimes si différents, l'empire romain, la féodalité et la monarchie, qui ont successivement laissé chacun sa trace et déposé sa couche sur notre sol, je ne puis m'empêcher de dire avec Tite-Live : « Pendant que je raconte les choses d'autrefois, il me semble que mon cœur prend, lui aussi, des années, *animus fit antiquus*, et je sens qu'un respect religieux m'astreint à reproduire ce que tant d'hommes très sages ont cru devoir recueillir pour la postérité. »

FIN

TABLE DES MATIÈRES

LIVRE II.

LIVRE III.

LYON. — IMP. A. STORCK, RUE DE L'HOTEL-DE-VILLE, 78.